

# Avbestillingsreglene i entreprisekontrakter med regulerbare poster

Med særlig fokus på spørsmålet om negative mengdeavvik kan gi  
grunnlag for avbestillingserstatning etter NS 8406 punkt 28 tredje ledd

Kandidatnummer: 604

Leveringsfrist: 25. april 2015

Antall ord: 15 633



# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING .....</b>	<b>1</b>
1.1	Tema og problemstilling .....	1
1.2	Bakgrunn .....	2
1.3	Prioriteringer og avgrensninger .....	4
1.4	Rettskildebildet.....	6
1.5	Videre fremstilling .....	8
<b>2</b>	<b>GENERELT OM AVBESTILLINGSREGLENE I NS 8406.....</b>	<b>9</b>
2.1	Utgangspunktet.....	9
2.2	Hensyn bak avbestillingsreglene .....	10
2.3	Risikofordelingen i entrepriseretten – særlig i kontrakter med regulerbare poster.....	12
<b>3</b>	<b>MENGDEAVVIK SOM AVBESTILLINGSGRUNNLAG .....</b>	<b>14</b>
3.1	Entreprenørens krav ved uvesentlige mengdeavvik .....	14
3.1.1	Ordlyden.....	14
3.1.2	Høyesteretts vurdering .....	15
3.1.3	Konklusjon .....	16
3.2	Vesentlighetsvurderingen for mengdeavvik.....	17
3.2.1	Utgangspunktet .....	17
3.2.2	Terskelspørsmålet .....	17
3.2.3	Vurderingsmomenter .....	19
3.3	Kan vesentlige mengdeavvik gi grunnlag for avbestillingserstatning?.....	20
3.3.1	Ordlyden.....	20
3.3.2	Rettsavgjørelser.....	21
3.3.3	Rettsoppfatningen i juridisk litteratur .....	22
3.3.4	Drøftelse basert på bakgrunnsretten.....	23
3.3.5	Konklusjon.....	24
<b>4</b>	<b>NÆRMERE OM HVORDAN REGELEN SKAL PRAKTISERES .....</b>	<b>25</b>
4.1	Hva er vurderingsgrunnlaget for vesentlighetsvurderingen? .....	25
4.2	Hvilken del av mengdeavviket er vesentlig?.....	28
4.3	Alternativer for praktisering av regelen .....	32
4.3.1	Alternativ 1: Samlet vurdering. Kun det overstigende er vesentlig .....	32
4.3.2	Alternativ 2: Individuell vurdering. Hele avviket er vesentlig. ....	33
4.3.3	Konklusjon.....	35

<b>5</b>	<b>VARSLINGSREGLENE FOR VESENTLIGE MENGDEAVVIK .....</b>	<b>35</b>
5.1	Rettslig grunnlag .....	36
5.1.1	Punkt 19.1 syvende ledd .....	36
5.1.2	Punkt 18.2 tredje ledd .....	37
5.1.3	Alminnelige passivitetsregler .....	38
5.2	Konklusjon .....	39
<b>6</b>	<b>AVSLUTTENDE VURDERINGER OG REFLEKSJONER .....</b>	<b>39</b>
6.1	Bør vesentlighetskravet prosentfestes? .....	39
6.2	Bør det oppstilles en varslingsplikt for entreprenøren ved vesentlige mengdeavvik? ....	41
6.3	Samfunnsøkonomiske betraktninger .....	43
	<b>KILDER .....</b>	<b>46</b>
	Standardkontrakter .....	46
	Lover og forskrifter .....	47
	Forarbeider .....	47
	Rettspraksis .....	47
	Oppmannsavgjørelser .....	48
	Litteratur .....	48
	Artikler og foredrag .....	49

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Temaet for oppgaven er avbestillingsreglene i entreprisekontrakter med regulerbare poster, med særlig fokus på spørsmålet om negative mengdeavvik kan gi grunnlag for avbestillingserstatning.

Ved enhetspriskontrakter deles totalytelsen opp i målbare enkeltelementer (poster) som prises hver for seg. I stedet for å gi en totalpris på prosjektet, gir entreprenøren en pris per enhet for hver post. Prisene er basert på en stipulert mengde som er oppgitt i anbudsgrunnlaget eller liknende dokumenter. Den stipulerte mengden er antall enheter som prosjekteringen anslår kommer til å gå med til utførelsen av prosjektet. Basert på mengdeanslaget fra byggherren og enhetsprisene fra entreprenøren får man en kontraktssum. Det endelige vederlag vil være avhengig av de faktiske medgåtte mengder. Forskjellen på den anslåtte mengden og den faktisk medgåtte mengden utgjør *mengdeavviket*. Med mengdeavvik menes kvantitative reduksjoner i regulerbare poster som ikke skyldes endringer fra byggherren.<sup>1</sup>

Fremstillingens redegjørelser og drøftelser er basert på reglene i NS 8406.<sup>2</sup>

Det følger av NS 8406 punkt 28 tredje ledd at "[d]ersom reduksjonen [av entreprenørens samlede vederlag etter fradrag og tillegg ved endringsarbeider] blir 15 % eller mer, anses hele reduksjonen som delvis avbestilling". Dette gir entreprenøren krav på avbestillingserstatning, jf. fjerde ledd. Rettspraksis har lagt til grunn at regelen kun gir rett til erstatning dersom det samlede vederlag reduseres som følge av endringsarbeider, av Høyesterett kalt "reelle endringer".<sup>3</sup>

Hva som faller inn under endringsarbeider følger av punkt 19.1. I bestemmelsens fjerde ledd fremgår det at "[a]vvik i forhold til kontraktens mengdeangivelse [...] utgjør ingen endring i forhold til disse bestemmelser". Det er gjort et unntak dersom "avviket i vesentlig grad overstiger det entreprenøren burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten". Oppgaven skiller mellom avvik som følger hovedregelen og hvilke avvik som faller inn under unntaksregelen. Dette skillet vil bli markert med uttrykkene uvesentlige mengdeavvik og vesentlige mengdeavvik.

---

<sup>1</sup> Endringer fra byggherren omfatter også de endringsarbeider som ikke er gitt formriktig.

<sup>2</sup> Norsk Standard 8406:2009 Forenklet Norsk bygge- og anleggskontrakt (NS 8406).

<sup>3</sup> Rt. 2014 s. 520 avsnitt 34.

Hovedproblemstillingen for oppgaven er om vesentlige mengdeavvik etter punkt 19.1 fjerde ledd kan tas i betraktning ved vurderingen etter punkt 28 tredje ledd.

Problemstillingen er interessant fordi den kan åpne for å anvende en skjønnsmessig vesentlighetsvurdering etter punkt 19.1 fjerde ledd på en tallfestet regel etter punkt 28 tredje ledd. Dette reiser to spørsmål: (i) Om vesentlige mengdeavvik kan tas i betraktning ved vurderingen etter punkt 28 tredje ledd, og (ii) hvordan en slik regel i så fall skal praktiseres.

## **1.2 Bakgrunn**

Oppgavens tema var oppe for Høyesterett i Rt. 2014 s. 520 (Repstad Anlegg). Saken gjaldt tvist mellom Arendal kommune som byggherre og Repstad Anlegg AS som utførende entreprenør. Kontrakten var basert på NS 8406 og kom i stand etter en åpen anbudskonkurranse.<sup>4</sup>

Kontrakten bestod av en rekke regulerbare poster som skulle gjøres opp etter avtalte enhetspriser. Arbeidet bestod hovedsakelig av 900 meter med vann- og avløpsgrøfter, 300 meter kabelgrøfter og gjenoppbygging av veier.

Twisten oppstod da det gikk med mindre mengder enn det som var anslått i anbudsgrunnlaget. Avviket medførte at entreprenørens samlede vederlag ble redusert med 22,3 prosent i forhold til kontraktssummen. Hovedårsaken til vederlagsreduksjonen var at mengdene i de regulerbare postene ble lavere enn anslått. Disse mengdeavvikene oppsto på flere forskjellige poster.

Tre dager etter overtakelsesforretningen sendte entreprenøren et endringsvarsel til byggherren. Varslet inneholdt krav om betaling av tapt fortjeneste med henvisning til avbestillingsreglene.

Spørsmålet som kom opp for Høyesterett var om en reduksjon i regulerbare mengder i forhold til det stipulerte kan gi grunnlag for avbestillingserstatning etter NS 8406 punkt 28 tredje ledd. Det ble lagt til grunn at en ”reduksjon i vederlaget som følge av mengdeavvik – i hvert fall så langt vesentlighetskravet i punkt 19.1 fjerde ledd ikke er oppfylt – ikke kan tas i betraktning ved vurderingen etter punkt 28 tredje ledd”.<sup>5</sup> En reduksjon i mengdene gir ikke krav

---

<sup>4</sup> Forskrift av 7. april 2006 nr. 402 § 21-1 første ledd.

<sup>5</sup> Rt. 2014 s. 520 avsnitt 40.

på erstatning, selv om det samlede vederlaget blir redusert med mer enn 15 % i forhold til kontraktssummen. Høyesterett uttaler videre:

”Punkt 19.1 fjerde ledd fremstår som en spesialregel om entreprenørens rettigheter ved mengdeavvik i kontrakter med regulerbare mengder. Når vesentlighetskravet er tilfredsstilt, slår endringsreglene inn. Entreprenøren kan da kreve vederlagsjustering etter punkt 22.2. Om et slikt *vesentlig* avvik også kan inngå i vurderingen etter punkt 28, gir saken ikke foranledning til å ta stilling til”.<sup>6</sup>

Det ble ikke tatt uttrykkelig stilling til om vesentlige mengdeavvik kan gi grunnlag for avbestillingserstatning – ei heller om hvordan en slik regel eventuelt skal praktiseres. Forholdet mellom vederlagsjustering og avbestillingserstatning ble ikke drøftet.

Høyesterett la til grunn Arendal kommunes oversikt over elleve av deres tidligere utførte anleggsarbeider som viste at det faktiske vederlag varierte mellom 78 og 161 prosent av kontraktssummen.<sup>7</sup> Dette viser at mengdeavvik forekommer hyppig i entreprisekontrakter med regulerbare mengder. En løsning på hvordan disse reglene skal forstås får derfor trolig stor praktisk betydning.

Dommen har fått stor oppmerksomhet i fagmiljøet. Den var gjenstand for diskusjon under Holmsbuseminaret<sup>8</sup> hvor Fredrik Verling og Herman Bruserud holdt foredrag; Verling om innvendinger mot dommens resultat og Bruserud om antydninger i forlengelse av dommen.<sup>9</sup> I tillegg har den blitt diskutert i artikler av flere advokatfirmaer.<sup>10</sup>

Utover det nevnte har problemstillingen vært lite belyst i juridisk litteratur. I teori knyttet til den tidligere standardkontrakten NS 3430<sup>11</sup> var det uenighet om avvik på regulerbare poster var relevante i forhold til avbestilling.<sup>12</sup> Etter at spørsmålet fikk en *delvis* avklaring i Repstad Anlegg-dommen har spørsmålet om vesentlige avvik vært pekt på i nyere litteratur, men ingen løsning har blitt presentert.<sup>13</sup> Oppgavens hovedproblemstilling fremstår således som rettslig uavklart.

---

<sup>6</sup> Rt. 2014 s. 520 avsnitt 38.

<sup>7</sup> Rt. 2014 s. 520 avsnitt 35.

<sup>8</sup> Holmsbuseminaret ble avholdt av Entreprenforeningen og EBA 4.- 5. september 2014.

<sup>9</sup> Bruserud (2014) og Verling (2014).

<sup>10</sup> Dagsland (2014), Fosse (2014) og Borgen (2014).

<sup>11</sup> Norsk Standard 3430: Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider, 1994 (NS 3430).

<sup>12</sup> Kolrud (1992) s. 248 og Barbo (1997) s. 123.

<sup>13</sup> Hagstrøm (2014) s. 305 i petit avsnitt.

### 1.3 Prioriteringer og avgrensninger

I entrepriseretten skilles det mellom utførelsesentreprise og totalentreprise. I utførelsesentreprise er det byggherren selv som forestår prosjekteringen mens entreprenøren står for utførelsen. I totalentreprise står entreprenøren for både prosjektering og utførelse. Standardkontraktene NS 8405<sup>14</sup> og NS 8406 gjelder for utførelsesentreprise, mens NS 8407<sup>15</sup> er ment for totalentrepriser.

Fremstillingens redegjørelser og drøftelser er basert på reglene i NS 8406; den samme standard som gjaldt i Repstad Anlegg-dommen. Kjennetegn ved denne standarden er at den benyttes ved forenklede entrepriser i motsetning til NS 8405 som har en mer omfattende regulering av varsling og samordningsplikten.<sup>16</sup> Det er likevel ikke nødvendigvis slik at løsningene blir annerledes for NS 8405. Oppgaven vil dermed også kunne være relevant for sistnevnte standardkontrakt. Ettersom de to standardene bygger på litt forskjellige utgangspunkter anses det uhensiktsmessig å legge opp til en parallell behandling av standardene. Når det i den videre fremstilling vises til ulike bestemmelser, er det reglene i NS 8406 det siktes til, med mindre noe annet fremgår av sammenhengen.

Det er flere måter å foreta et oppgjør på i entrepriseforhold. Hovedtypene av vederlagsmekanismer i entreprisekontrakter er regningsarbeider, enhetspriser eller fastprisformat. Standardkontraktene gjelder uavhengig av hvilken vederlagsmetode som skal brukes; dette er noe partene selv tar stilling til. Kombinasjoner av vederlagsmodellene kan også forekomme.

Oppgaven behandler de kontrakter hvor det er avtalt kontraktssum og denne i hovedsak skal gjøres opp etter avtalte enhetspriser. Dette følger forutsetningsvis av kontraktens punkt 19.1 fjerde ledd som regulerer "[a]vvik i forhold til kontraktens mengdeangivelser". Dersom kontrakten ikke har mengdeangivelser, vil spørsmålet ikke komme opp. I det henseende avgrenser oppgaven seg til kontrakter med andre vederlagsmodeller.

Standardkontraktene er utformet for entreprisekontrakter der byggherren ikke er en forbruker. For forbrukerentreprise gjelder bustadoppføringslova<sup>17</sup>. Oppgaven behandler reglene i

---

<sup>14</sup> Norsk Standard 8405:2008 Norsk bygge- og anleggskontrakt (NS 8405).

<sup>15</sup> Norsk Standard 8407: Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentreprise 2011 (NS 8407).

<sup>16</sup> NS 8406 punkt 1 om kontraktens virkeområde.

<sup>17</sup> Lov av 13. juni 1997 nr. 43 om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m (bustadoppføringslova).

standardkontraktene, men drøftelsene vil i noen grad også kunne anvendes på forbrukerforhold. I Ot.prp. nr. 21 (1996-1997)<sup>18</sup> s. 51 uttales det:

”I NS 3430 punkt 28.1 [avløst av NS 8405] er det presisert at meirarbeid som følgjer av mengdevariasjonar, ikkje skal reknast som tilleggsarbeid så lenge det ikkje er fastsett faste mengder i avtalen, og det ikkje gjeld avvik som er så store at entreprenøren ikkje burde vere budd på dei. Tilsvarende må gjelde i høve til føresegna i [§ 9] tredje ledd”.

Oppgaven skal avgrensas mot kontrakter med avtalt mengdekontroll, da dette gir en annen risikofordeling mellom partene. Mengdekontroll innebærer at entreprenøren (etter at kontrakten er tildelt) skal foreta en kontroll av mengdene som er gitt i beskrivelsen og mengdefortegnelsen, mot de mengder som fremgår av tegningene. Etter en slik kontroll vil entreprenøren ikke kunne påberope seg feil i mengdeangivelsene. Entreprenøren overtar derved byggherrens risiko for beregning av mengder. Dette kalles fastpriskontrakt med låste masser. Byggherren vil likevel ha risikoen for riktigheten av dokumentasjonen for å kunne foreta mengdekontrollen.<sup>19</sup>

Vederlagsjusteringsmekanismen i punkt 22 vil bli behandlet i begrenset grad. I en enhetspriskontrakt vil den totale fortjenesten ikke nødvendigvis være priset inn i hver enkelt post. Ved en avbestilling har entreprenøren krav på å få erstattet sin positive kontraktsinteresse. Om det økonomiske tapet til entreprenøren dekkes ved å justere enhetsprisene eller ved avbestillingserstatning er i utgangspunktet uten betydning for entreprenøren. Dette gjelder likevel bare så langt den positive kontraktsinteresse kan dekkes ved vederlagsjustering. Vederlagsjustering av enhetsprisene etter punkt 22.2 gir en justering for de overskridelser eller besparelser som avviket har medført.<sup>20</sup> Enhetsprisen justeres slik at kostnadene, som skal ha inndekning i prisen, blir riktige. Dette gir en justert pris per enhet for det utførte arbeid. En erstatning vil derimot dekke det fortjenestetap entreprenøren lider på de øvrige postene som ikke kommer til utførelse. Det antas derfor å være en grense for hvilke tap som kan dekkes ved vederlagsjustering. Oppgaven fokuserer på de tilfeller hvor vederlagsjustering ikke er tilstrekkelig for å dekke entreprenørens tap.

Rammene for oppgaven omfatter ikke behandling av erstatningsutmålingen og varslingsreglene for andre forhold enn mengdeavvik. Forholdet til *positive* mengdeavvik (mengdeøkning) vil heller ikke behandles.

---

<sup>18</sup> Ot.prp. nr. 21 (1996-1997) Om lov om avtaler med forbrukar om oppføring av ny bustad m m.

<sup>19</sup> Arvesen (2014) s. 307-309.

<sup>20</sup> NS 8406 punkt 22.2 tredje ledd.



## 1.4 Rettskildebildet

Entrepriseretten er i hovedsak ikke lovregulert, med unntak av forbrukerentreprise som er regulert av bustadoppføringslova.<sup>21</sup> Årsaken til at lovgiver i så liten utstrekning har grepet inn i entrepriserettens område, er at det har vært en stor tradisjon for selvregulering i form av standardkontrakter.<sup>22</sup> Standardkontraktene utarbeides i regi av Standard Norge. Det opprettes en komité med representanter utpekt fra involverte parter for å sikre en rimelig avveining av de motstridende interesser. I utgangspunktet kan entrepriseoppdrag avtales særskilt for det enkelte oppdrag, men grunnet oppdragets kompleksitet vil dette kunne bli en både tid- og kostnadskrevende prosess. En forutsetning for at standardkontrakten skal komme til anvendelse er imidlertid at den faktisk er nevnt i kontraktsgrunnlaget eller at partene klart har forutsatt at den skal inngå som en del av avtalegrunnlaget mellom partene.<sup>23</sup>

Standardkontrakten NS 8406 er den mest sentrale rettskilden for oppgavens tema og problemstilling. Henvisning til punkter i bestemmelsen gjelder NS 8406 om ikke annet fremgår. Andre standardkontrakter er også relevante, særlig NS 8405 og NS 8407.

I alminnelig avtalerett skal det ved tolkning av avtaler legges til grunn partenes felles oppfatning, uten hensyn til ordlyden.<sup>24</sup> Dersom det ikke er mulig å fastslå en slik oppfatning, skal det tas utgangspunkt i prinsippet om objektiv tolkning og søke å fastsette hvilket tolkningsalternativ som er i tråd med kontraktens ordlyd ut fra en naturlig språklig forståelse.<sup>25</sup>

Tolkningen av standardkontraktene i Høyesterett ser ut til å basere seg på en metode som er noe mellom lovtolkning og ordinær kontraktstolkning. Dette skyldes at standardkontrakter har likhetstrekk med lovgivningen, tidvis referert til som privat lovgivning.<sup>26</sup> Høyesterett har uttalt følgende om hvordan standardkontraktene skal tolkes:

"Spørsmålet om hvordan kontraktsforholdet mellom partene skal forstås, må da avgjøres ut fra en objektiv fortolkning av bestemmelsene. Det at bestemmelsene må tolkes objektivt, innebærer imidlertid ikke at de utelukkende skal tolkes ut fra hva en

---

<sup>21</sup> Bustadoppføringslova § 1.

<sup>22</sup> Hagstrøm (2014) s. 25.

<sup>23</sup> Arvesen (2014) s. 38-39.

<sup>24</sup> Rt. 2002 s. 1155, s. 1159.

<sup>25</sup> Woxholth (2014) s. 385.

<sup>26</sup> Bull (1988) s. 101.

naturlig språklig forståelse av bestemmelsen tilsier. Bestemmelsens ordlyd må blant annet leses i lys av de formål de skal ivareta, og andre reelle hensyn."<sup>27</sup>

I juridisk teori er det også uttalt at standardvilkår skal tolkes objektivt, men med stor vekt på formålet og reelle hensyn.<sup>28</sup>

Mange entreprisekontrakter inngås etter særskilt formaliserte anskaffelsesprosedyrer, for eksempel ved anbudskonkurranser. En sidevirkning av dette oppstår særlig når man skal fastlegge innholdet av partenes avtale. Blant annet følger det et forhandlingsforbud ved åpen og begrenset anbudskonkurranse som kan få betydning for tolkningen av avtalen. For nærmere redegjørelse vises det til *Hagstrøm*.<sup>29</sup>

Tidligere standarder<sup>30</sup> og teori knyttet til disse kan være relevante på to måter. I den grad reglene er like, vil praksis knyttet til de eldre standardene være relevant. For de tilfeller der reglene er ulike, vil standardene kunne belyse hvilke endringer som er foretatt og bakgrunnen for reglene.

Det finnes ingen offisielle forarbeider til standardkontraktene. Bustadoppføringslova og håndverkertjenesteloven<sup>31</sup> har bestemmelser med tilsvarende innhold som NS 8406. Forarbeidene til disse kan derfor være relevante for bestemmelser som er like eller tilnærmet like. Det vil imidlertid kunne være andre hensyn som gjør seg gjeldende for lovens bestemmelser, ettersom de gjelder for forbrukerforhold.

Rettspraksis vil være relevant ved tolkningen av kontrakten, men det foreligger lite rettspraksis på entrepriserettens område. Bakgrunnen for dette er at entreprisetvister blir løst ved forhandlinger, gjennom voldgift, responsa avgitt av BFJR<sup>32</sup> eller oppmannsavgjørelser.<sup>33</sup> Disse kan i varierende grad ha relevans.<sup>34</sup> Uttalelsene fra BFJR og oppmannsavgjørelser er imidlertid ikke bindende for partene, og har ingen formell autoritet, slik at deres rettskildemessige betydning er begrenset til argumentasjonens saklige tyngde.<sup>35</sup>

---

<sup>27</sup> Rt. 2010 s. 961 avsnitt 44 og Rt. 2012 s. 1729 avsnitt 66.

<sup>28</sup> Woxholth (2014) s. 419-420.

<sup>29</sup> For nærmere redegjørelse, se Hagstrøm (2014) kapittel 16-18.

<sup>30</sup> NS 401, NS 3401, NS 3430 og NS 8405:2004.

<sup>31</sup> Lov av 16. Juni 1989 nr. 63 om håndverkertjenester m.m for forbrukere (håndverkertjenesteloven).

<sup>32</sup> Byggebransjens Faglig Juridisk Råd i Bergen.

<sup>33</sup> Oppmannsavgjørelser er en midlertidig tvisteløsning, jf. NS 8405 punkt 43.2. Tilsvarende bestemmelser finnes ikke i NS 8406.

<sup>34</sup> Hagstrøm (2014) s. 28-29.

<sup>35</sup> Barbo (1997) s. 26.

I mangel av tyngre rettskilder har annet materiale hatt stor betydning. Særlig juridisk teori har spilt en større rolle for entrepriseretten enn på andre rettsfelter. Sandvik la et solid teoretisk fundament for faget i sin doktoravhandling.<sup>36</sup> Reglene i standardkontraktene har opp gjennom årene blitt behandlet utførlig kommentarutgaver; i oppgavens øyemed er særlig kommentarutgaven til NS 8406 relevant.<sup>37</sup>

I den grad utenlandsk nasjonal rett behandler spørsmålet kan dette tjene som illustrasjonsmateriale og som støtteargument.<sup>38</sup> Det nordiske samarbeid på entrepriserettens område er ikke fremtredende, og reglene har derfor utviklet seg forskjellig. De tidligere standardene frem til NS 3430 var inspirert av de tyske standardvilkår VOB/B.<sup>39</sup> NS 3430 skilte seg fra tidligere standarder ettersom den i tillegg lot seg inspirere av petroleumsindustriens fabrikkasjonskontrakter, særlig NF 87. De senere revisjoner, NF 07 og NTK 07, har regler som bygger på de samme prinsipper som entreprisekontraktene. Kilder som knytter seg til petroleumskontrakter vil dermed også kunne være relevante.

## **1.5 Videre fremstilling**

Opgavens tema knytter seg til avbestillingsreglene i entreprisekontrakter med regulerbare poster. Jeg vil derfor først gjøre rede for avbestillingsreglene i NS 8406 (kapittel 2). Dette danner grunnlag for den videre drøftelsen.

Opgavens hovedproblemstilling søkes besvart i kapittel 3, hvor det skal vurderes om mengdeavvik kan gi grunnlag for avbestillingserstatning. Mengdeavvik kan deles inn i to kategorier: uvesentlige og vesentlige mengdeavvik. Jeg vil først behandle entreprenørens krav ved uvesentlige mengdeavvik; problemstillingen forelagt Høyesterett i Repstad Anleggsdommen. Deretter vil jeg redegjøre for vesentlighetsvurderingen, før det skal vurderes om vesentlige mengdeavvik kan tas i betraktning ved vurderingen etter punkt 28 tredje ledd.

Dersom et mengdeavvik kan få betydning for avbestillingsreglene kan det spørres hvordan en slik regel skal praktiseres, og dette vil bli behandlet under kapittel 4. I forlengelsen av dette skal det i kapittel 5 drøftes om entreprenøren plikter å varsle byggherren om han vil kreve avbestillingserstatning på grunnlag av vesentlige mengdeavvik. Fremstillingen vil drøfte tre potensielle rettslige grunnlag.

---

<sup>36</sup> Sandvik (1966).

<sup>37</sup> Arvesen (2014).

<sup>38</sup> Eckhoff (2001) s. 284.

<sup>39</sup> Barbo (1997) s. 13.

I oppgavens siste del, kapittel 6, skal det foretas noen *de lege ferenda*-betraktninger knyttet til oppgavens tema, herunder om det er behov for endringer i standardkontraktene. Avslutningsvis vil oppgavens tema bli satt i et større samfunnsøkonomisk perspektiv.

## **2 Generelt om avbestillingsreglene i NS 8406**

### **2.1 Utgangspunktet**

Utgangspunktet i norsk rett er at avtaler skal oppfylles etter sitt innhold.<sup>40</sup> Er det inngått en gyldig bindende avtale, er partene forpliktet til å oppfylle sin ytelse samt å motta motytelsen.<sup>41</sup> Prinsippet om at avtaler skal holdes gjelder imidlertid ikke unntaksfritt.<sup>42</sup> Det er flere forhold som tilsier at en avtale ikke alltid burde opprettholdes eller tvinges igjennom. I alminnelig obligasjonsrett har det dannet seg både lovfestede og ulovfestede regler for bortfall og endringer av kontraktsrettslige forpliktelser.<sup>43</sup>

I alminnelig obligasjonsrett er hovedregelen at en avbestilling gir krav på erstatning, med mindre det foreligger særlig hjemmel. Rett til avbestilling uten plikt til å svare erstatning anerkjennes i meget begrenset utstrekning.<sup>44</sup> I entrepriseretten er byggherren gitt en avbestillingsrett, mot at han kompenserer entreprenørens økonomiske tap.<sup>45</sup>

Avbestilling er ikke nødvendigvis et brudd på avtalen. Retten til å si fra seg sin egen oppfylleelsesplikt ved å avbestille motytelsen kan ha hjemmel i avtale, kutyme eller allmenne regler.<sup>46</sup> I entrepriseretten er det en grunnfestet regel at byggherren kan avbestille entreprenørens ytelse, hvis ikke annet er avtalt.<sup>47</sup> I NS 8406 følger avbestillingsadgangen av punkt 28. I første ledd er byggherren gitt en rett til ”å avbestille hele eller deler av kontraktsarbeidet”. Ved avbestilling har entreprenøren ”krav på erstatning for det økonomiske tapet han lider som følge av avbestillingen”, jf. fjerde ledd.<sup>48</sup>

Avbestillingsreglene har en nær sammenheng med endringsreglene i punkt 19. En reduksjon i kontraktsarbeidet kan oppstå på to måter: (i) Enten ved at byggherren gjennom sin

---

<sup>40</sup> Kong Christian Den Femtis Lov 15 april 1687, artikkel 5-1-2.

<sup>41</sup> Å kreve naturaloppfyllelse er dog ingen nødvendig konsekvens. Andre lands rettssystemer ser ut til å foretrekke erstatning fremfor naturaloppfyllelse.

<sup>42</sup> Woxholth (2014) s. 24 og 25.

<sup>43</sup> Hagstrøm (2011) s. 254 flg.

<sup>44</sup> Hagstrøm (2011) s. 248.

<sup>45</sup> Se blant annet NS 8406 punkt 28.

<sup>46</sup> Hagstrøm (2011) s. 247.

<sup>47</sup> Sandvik (1977) s.122, Pedersen (1952) s. 116, Lyngsø (1971) s. 265 og Hagstrøm (2014) s. 295.

<sup>48</sup> Tilsvarende bestemmelser i NS 8405 punkt 38 og NS 8407 punkt 44.

endringskompetanse velger å ta ut deler av arbeidet, eller (ii) ved at det viser seg å gå med mindre mengder enn anslått i regulerbare poster, slik at det foreligger et mengdeavvik.

Byggherrens endringskompetanse har både en kvalitativ og kvantitativ begrensning. I oppgavens henseende er det den kvantitative begrensning som er interessant. Denne begrensningen følger av punkt 19.1 tredje ledd:

”Er ikke annet avtalt, kan ikke byggherren pålegge entreprenøren endringer utover 15 % netto tillegg til kontraktssummen”.

Endringsreglene setter her en oppad begrensning på hvor store endringer byggherren kan pålegge entreprenøren. For en reduksjon av arbeidet vil derimot avbestillingsregelen sette en begrensning nedad. Det følger av punkt 28 tredje ledd at:

”Dersom reduksjonen blir 15 % av kontraktssummen eller mer, anses hele reduksjonen som delvis avbestilling”.

Avbestillingsregelen, sett sammen med byggherrens endringsadgang, innebærer at byggherren har rett til å avbestille deler av kontraktsarbeidet (i standardens terminologi *foreta endringer*), opptil 15 %, uten at entreprenøren kan kreve erstatning. Når 15 % grensen er overskredet er hovedregelen avbestilling mot erstatning.<sup>49</sup>

For tilfeller der byggherren ønsker å ta ut deler av prosjektet som fører til en reduksjon på over 15 %, slik at avbestillingsregelen kommer til anvendelse, er rettsregelen klar. Byggherren rokker så mye ved den opprinnelige avtalte at det er rimelig at entreprenøren får godtgjort sitt økonomiske tap. Forholdet blir noe annerledes for mengdeavvik, ettersom byggherren for slike tilfeller ikke har foretatt seg noe aktivt. På papiret ber han fremdeles om den samme ytelsen som opprinnelig avtalt, men ytelsens volum viser seg å bli mindre.

## **2.2 Hensyn bak avbestillingsreglene**

Hensynene bak avbestillingsreglene følger ikke av standardkontrakten. Det foreligger heller ingen forarbeider som viser hvilke hensyn som har vært vektlagt ved utformingen av reglene. Begrunnelsen for reglene er imidlertid behandlet utførlig i juridisk teori.

---

<sup>49</sup> Konsekvensen er at entreprenøren skal stilles økonomisk som om kontrakten ble gjennomført på kontraktsmessig måte, jf. NS 8406 pkt. 28 fjerde ledd.

Det som kjennetegner entreprisekontrakter er at ytelsen gjelder en omfattende prestasjon som strekker seg over lang tid. Tidsdimensjonen med det løpende arbeid gjør at det lettere kan oppstå forhold som ikke kunne forutses på avtaleinngåelsestidspunktet, eller at byggherrens behov endres underveis. Parallell prosjektering og bygging kan medføre at det ikke alltid er klarhet om det endelige innhold av oppdraget ved kontraktinngåelsen. I tillegg er oppdraget ofte beheftet med en betydelig grad av usikkerhet, særlig knyttet til grunnforholdene. Slike synspunkter ligger til grunn for at byggherren kan avbestille entreprenørens ytelse.<sup>50</sup>

En annen begrunnelse for å tillate avbestilling mot vederlag, er at det er en fornuftig ressursutnyttelse. I et samfunnsøkonomisk perspektiv er dette en ønsket løsning; byggherren slipper å motta ytelser han ikke ønsker, samtidig som entreprenøren ikke lider noe økonomisk tap. En avbestilling vil også være hensiktsmessig dersom for eksempel endringer i faktiske forhold som gjør at byggherren ikke lenger har bruk for kontraktsobjektet. I tillegg vil en avbestilling kunne tjene til å unngå verdispill.

Byggherrens behov for styringsmuligheter og fleksibilitet ivaretas ved at byggherren er gitt en endringskompetanse. Endringskompetanse kan få betydning for avbestillingsreglene dersom de utgjør en kvantitativ reduksjon av arbeidet. Behovet bak byggherrens endringskompetanse og avbestillingsadgang er således noe sammenfallende, selv om konsekvensene kan være ulike, avhengig av hvor hardt de rammer entreprenøren.<sup>51</sup>

Entreprenørens kommersielle interesse i at oppdraget gjennomføres taler mot å gi byggherren en avbestillingsadgang, særlig ved eksempelvis prestisjeoppdrag. Hensynet til klarhet og forutberegnelighet går også klart i disfavør av en avbestillingsadgang. Entreprenørens økonomiske interesser vil være et hensyn i mot, men dette må kunne anses å bli reparert ved at hans økonomiske tap blir dekket. Han vil likevel kunne ha et ønske om å unngå usikre erstatningsoppgjør knyttet til en avbestilling.

Særlige hensyn bak byggherrens avbestillingsadgang er at kontraktene inngås på et tidspunkt når ikke alle detaljer er på plass, eller alle behov er tilstrekkelig avdekket. Dette tilsier at behov kan endres eller falle bort i sin helhet under utførelsen.<sup>52</sup> Det vil videre være uheldig å tvinge frem disse byggeprosjektene som det viser seg å ikke være bruk for. Ettersom arbeidet i all hovedsak vil foregå på byggherrens eiendom, er det uhensiktsmessig å ha en regel som binder byggherren til å fortsette oppføring av prosjekter han ikke kan, eller ønsker å bruke.

---

<sup>50</sup> Sandvik (1966) s. 85 og Hagstrøm (2014) s. 21.

<sup>51</sup> Sandvik (1977) s. 122.

<sup>52</sup> Hagstrøm (2014) s. 296.

Mothensynene knytter seg i hovedsak til en avbestilling hvor entreprenøren ikke får erstatning. I entrepriseretten er standardkontraktenes avbestillingsadgang en rimelig avveining mellom partenes interesser; entreprenørens økonomiske interesse og byggherrens interesse om ikke å ferdigstille prosjektet eller deler av prosjektet.

### **2.3 Risikofordelingen i entrepriseretten – særlig i kontrakter med regulerbare poster**

Risikobegrepet i entrepriseretten er i noen grad løsrevet fra begrepsbruken i den alminnelige kontraktsrettslige litteraturen, og går dels på tvers av den.<sup>53</sup> I fremstillingen legges det til grunn det entrepriserettslige begrepet. Standarden er svært preget av en terminologi som er ”risiko”-orientert, og det skal i det følgende redegjøres for hvordan en slik risiko i utgangspunktet er fordelt.

Funksjonsfordelingen i entrepriseretten er hovedsakelig delt opp i ”entreprenørrisiko” og ”byggherrisiko”. I tillegg finnes det forhold som faller utenfor disse to risikoområdene, i juridisk teori kalt ”utenfrakommende forhold”. Innenfor hvert sitt risikoområde bærer hver av partene risikoen alene, mens ved ”utenfrakommende forhold” vil normalt risikoen bli delt mellom partene.<sup>54</sup>

Risikoen følger i utgangspunktet funksjonsfordelingen, det såkalte funksjonsfordelingsprinsippet.<sup>55</sup> Dette kom frem i en Høyesterettsdom allerede i 1917, hvor feilprosjektering fra byggherrens arkitekt var byggherrens egen risiko; entreprenørens ansvar etter kontrakten gjaldt kun ”sit arbeide”.<sup>56</sup>

I juridisk litteratur er prinsippets kjerne formulert slik: ”[D]et synes å være en almen regel at hver av partene har risikoen for svikt på eget funksjonsområde.”<sup>57</sup> Det generelle synspunktet er at hver av partene bidrar med forskjellige innsatsfaktorer for kontraktsobjektet. Innsatsfaktorene anses som *funksjoner*. Innenfor disse funksjonene bærer de selv risikoen, i forhold til medkontrahenten.<sup>58</sup> Funksjonsfordeling innebærer at den som er nærmest til å bære risikoen, også skal ha risikoen for den. Dette er ment å stimulere økt aktsomhet ved kontrahering og valg av oppfylleelsesvei. Det har også en naturlig forklaring ved at den part

---

<sup>53</sup> Nærmere redegjørelse for risikobegrepet i entrepriseretten, se Hagstrøm (2014) kapittel 26.

<sup>54</sup> Hagstrøm (2014) s. 192.

<sup>55</sup> Hagstrøm (1997) s. 16 og Hagstrøm (2014) s. 198.

<sup>56</sup> Rt. 1917 s. 673.

<sup>57</sup> Hagstrøm (2011) s. 333.

<sup>58</sup> Hagstrøm (2014) s. 200.

som er klar over at han bærer risikoen, vil kunne ta grep for å minimere sannsynligheten for at risikofaktorene skal aktualisere seg.<sup>59</sup>

Konsekvensen av den rent organisatoriske funksjonsfordelingen får dermed stor betydning ved risikofordelingen.<sup>60</sup> Dette innebærer at den som krever økonomisk erstatning ikke kan være den samme personen som har ansvar for *funksjonen*. I utførelsesentrepriser er funksjonsfordelingen at byggherren leverer prosjekteringsmaterialet mens entreprenøren har ansvaret for at utførelsen er i overensstemmelse med prosjekteringen. Prosjekteringsarbeidet er gjerne utformet av arkitekter og konsulenter. Disse er byggherren ansvarlig for. Byggherren har dermed risikoen for prosjektering og grunnforhold, mens entreprenøren har risikoen for riktig utførelse av kontraktsobjektet.

Hvilken vederlagsform som velges vil også få betydning for risikofordelingen. Det er flere måter å foreta et oppgjør på i entrepriseforhold. Hovedtypene av vederlagsmekanismer i entreprisekontrakter er regningsarbeider, enhetspriser eller fastprisformat.<sup>61</sup> Risikofordelingen er forskjellig ut fra hvilken vederlagsmodell som velges. Ved regningsarbeider betaler byggherren faktisk kostnadsdekning med påslag, og har dermed risikoen for at det går med mer tid og penger enn antatt. Ved fastprisformat gjelder det motsatte, entreprenøren gir en fast pris for ferdigstilt kontraktsytelse, og bærer i utgangspunktet risikoen for at det blir dyrere eller tar lengre tid enn antatt.

Enhetspriser kan anses som en mellomløsning mellom fastpriskontrakt og regningsarbeid, ved at det er knyttet noen faste priselementer til en mer eller mindre ukjent mengde. En enhetspriskontrakt gir en noe annen risikofordeling mellom entreprenøren og byggherren enn en kontrakt basert på regningsarbeid.<sup>62</sup> Ved enhetspriskontrakter vil begge partene bære en risiko ut fra hvor store mengdene blir, ettersom variasjoner i disse ikke nødvendigvis utgjør endringsarbeider slik at entreprenøren har krav på kompensasjon. Kontraktens omfang er med andre ord ikke endelig definert, slik at variasjoner i mengden, sett i forhold til de volum partene anslo ved kontraheringen, ikke utgjør endringsarbeider.<sup>63</sup>

For byggherren innebærer en større mengde at prosjektet blir dyrere enn anslått. Dersom mengdene blir mindre enn anslått blir det i utgangspunktet billigere. Dette gjelder likevel bare

---

<sup>59</sup> Sandvik (1966) s. 117.

<sup>60</sup> Sandvik (1966) s. 118.

<sup>61</sup> Standardkontraktene gjelder uavhengig av hvilken vederlagsmetode som skal brukes. Kombinasjoner av vederlagsmodellene kan også forekomme.

<sup>62</sup> Hagstrøm (2014) s. 318.

<sup>63</sup> Barbo (1997) s. 55-56.



som et utgangspunkt; idet mengdene blir vesentlig redusert må byggherren dekke entreprenørens økonomiske tap. Byggherren bærer således risikoen for at mengdene blir vesentlig mindre. Entreprenørens risiko knytter seg til hvor stor arbeidsinnsats og hvor mye materiale som går med til å produsere hver enhet.<sup>64</sup> Særlig ved en uvesentlig reduksjon i mengdene risikerer han en dårligere fortjeneste – i verste fall at prisen ikke gir kostnadsdekning, inkludert dekning av generalkostnader.<sup>65</sup>

### **3 Mengdeavvik som avbestillingsgrunnlag**

Hovedproblemstillingen er om mengdeavvik i entreprisekontrakter med regulerbare poster kan gi grunnlag for avbestillingserstatning. Fremstillingen skiller mellom mengdeavvik som er uvesentlige og vesentlige. I motsetning til uvesentlige mengdeavvik, utgjør vesentlige mengdeavvik en endring etter punkt 19.1 fjerde ledd.

Kapittel 3.1 omhandler entreprenørens krav ved uvesentlige mengdeavvik, mens det i kapittel 3.3 vil bli drøftet om vesentlige mengdeavvik kan gi grunnlag for avbestillingserstatning. Forut for den sistnevnte drøftelsen kreves en redegjørelse for hvilke avvik som oppfyller vesentlighetskravet. Dette vil bli gjort i kapittel 3.2.

#### **3.1 Entreprenørens krav ved uvesentlige mengdeavvik**

Spørsmålet er om en reduksjon av mengdene i forhold til det anslåtte i anbudsgrunnlaget for en kontrakt som er basert på enhetspriser, utgjør en endring. Dersom det utgjør en endring, blir spørsmålet om det kan gi grunnlag for erstatning, når det samlede vederlag reduseres med mer enn 15 % i forhold til kontraktssummen.

##### **3.1.1 Ordlyden**

Etter punkt 28 tredje ledd skal en reduksjon i ”entreprenørens samlede vederlag etter fradrag og tillegg ved endringsarbeider” anses som en delvis avbestilling, dersom ”reduksjonen blir 15 % av kontraktssummen eller mer”. Bestemmelsens ordlyd åpner for to tolkningsalternativer.

På den ene side taler passusen ”etter fradrag og tillegg ved endringsarbeider” for at det kun er reelle endringer etter punkt 19 som kan tas i betraktning. Etter punkt 19.1 fjerde ledd er hovedregelen at ”[a]vvik i forhold til kontraktens mengdeangivelse på poster som skal avregnes etter enhetspriser [...] utgjør ingen endring i forhold til disse bestemmelser”. Unntaket er dersom ”avviket i vesentlig grad overstiger det entreprenøren burde tatt i

---

<sup>64</sup> Hagstrøm (2014) s. 318.

<sup>65</sup> Harris (2010) s. 229.

betraktning ved inngåelsen av kontrakten”. Dette leder til en konklusjon om at mengdeavviket må være vesentlig for utgjøre en endring, og at det kun er endringer som skal tas i betraktning ved vurderingen av om 15 %-grensen er overskredet. Dersom mengdeavviket er uvesentlig utgjør det ikke noe grunnlag for avbestillingserstatning.

På den andre side vil en slik tolkning innebære at uttrykket ”samlede vederlag” blir en teoretisk størrelse. Ut fra en naturlig forståelse av ordlyden må det ”samlede vederlag” forstås som den totale godtgjørelse som entreprenøren faktisk har fått for det utførte arbeidet. Tas det første tolkningsalternativ til følge, blir det samlede vederlag i stedet kontraktssummen fratrasket netto reduksjon som følge av fradrag og tillegg ved endringsarbeider. Legges den naturlige forståelsen av ordlyden til grunn skal også uvesentlige mengdeavvik telle med i avbestillingsregelen. Dette støttes av formuleringen ”i forhold til disse bestemmelser” i punkt 19.1 fjerde ledd, som kan forstås som en begrensning av rekkevidden til bestemmelsen. Dette taler for at fjerde ledd kun gjelder for reglene om endringer, og at mengdeavvik av den grunn kan tas i betraktning ved vurderingen etter punkt 28.

Isolert sett gir ikke ordlyden i punkt 28 noe klart svar på spørsmålet.

### 3.1.2 Høyesteretts vurdering

Spørsmålet om negative mengdeavvik kan tas i betraktning ved vurderingen av om 15 %-grensen er overskredet, var oppe for Høyesterett i Rt. 2014 s. 520, Repstad Anlegg-dommen. Høyesterett konkluderte med at ”en reduksjon i vederlaget som følge av mengdeavvik – i hvert fall så langt vesentlighetskravet i punkt 19.1 fjerde ledd ikke er oppfylt – ikke kan tas i betraktning ved vurderingen etter punkt 28 tredje ledd”.<sup>66</sup>

Høyesterett presiserte at en isolert lesning av ordlyden ikke ga noe klart svar. Ved tolkningen av det enkelte ledd måtte det tas hensyn til at bestemmelsen gjelder avbestilling. Høyesterett mente det ikke var naturlig å karakterisere en reduksjon i regulerbare mengder som en ”avbestilling”, ettersom skriftlighetskravet indikerte at det er tale om en særskilt formalisert ordning.<sup>67</sup>

Det ble særlig lagt vekt på historikken ved tolkningen av punkt 28. Den tidligere standardkontrakten NS 3430 hadde i punkt 28.6 en liknende bestemmelse, men uten presiseringen ”ved endringsarbeider”. Høyesterett pekte på at det ble sendt ut høringsforslag om endring av NS 3430 og NS 3408 høsten 2002, hvor det var foreslått en bestemmelse som ga

---

<sup>66</sup> Rt. 2014 s. 520 avsnitt 40.

<sup>67</sup> Rt. 2014 s. 520 avsnitt 27-29.

entreprenøren krav på avbestillingsgebyr ved 8 % reduksjon. Forslaget ble ikke vedtatt. I stedet videreførte man regelen i punkt 28.6 men la til presiseringen ”ved endringsarbeider”. Dette måtte, i følge Høyesterett, anses som et bevisst valg om at man ønsket at regelen kun skulle gi rett til erstatning ved vederlagsreduksjon som følge av reelle endringer. Med reelle endringer siktes det til ”endringer” etter standardkontraktens terminologi, jf. punkt 19.1.

Høyesterett viste også til tidligere juridisk teori i Repstad Anlegg-dommen. I teorien hadde det vært uenighet om forståelsen av bestemmelsen. Kolrud med flere hevdet i Kommentar til NS 3430 at ”samlede vederlag etter fradrag og tillegg” skulle forstås som ”det totale vederlag entreprenøren sitter igjen med når arbeidet med kontrakten er fullført”, og legger til at ”også nedjusteringer av avtalt anslåtte mengder [skal] telle med her”.<sup>68</sup> Barbo hadde derimot et annet synspunkt; ettersom bestemmelsen stod til slutt i endringskapittelet skulle det anses som en forlengelse av reglene om vederlag for endringer. Han konkluderte med at ”[v]ariasjoner i avtalt anslåtte mengder eller masser, vil således ikke være av relevans, og må holdes utenfor vurderingen.”<sup>69</sup> Repstad Anlegg-dommen synes således å følge opp Barbo sine synspunkter.

Høyesterett uttalte at formuleringen ”i forhold til disse bestemmelser” ikke kunne tillegges noen vekt ved tolkningen av punkt 28, ettersom den ikke er fulgt opp i de andre standardkontraktene.<sup>70</sup> At ”det samlede vederlag” ble en teoretisk størrelse var heller ikke til hinder for resultatet.

Høyesteretts avgjørelse må forstås dithen at uvesentlige mengdeavvik ikke utgjør en reell endring etter punkt 19.1 fjerde ledd, og dermed ikke kan tas i betraktning ved vurderingen etter punkt 28 tredje ledd.

### 3.1.3 Konklusjon

Avgjørelsen i Repstad Anlegg-dommen taler for at det kun er endringer som kan gi grunnlag for avbestillingserstatning etter punkt 28 tredje ledd. For at mengdeavvik skal anses som en endring, må avviket i vesentlig grad overstige det entreprenøren burde ha tatt i betraktning ved avtaleinngåelsen, jf. punkt 19.1 fjerde ledd.

Et argument som kan anføres mot en slik løsning er at den kan åpne for at byggherren gir for høye anslag for å få lavere enhetspriser. En slik tilnærming fra byggherrens side vil kunne være illojal og åpne for misligholdskrav i seg selv, men dette kan være vanskelig å bevise fra entreprenørens hold. Så lenge avvikene ikke oppfyller vesentlighetskravet i punkt 19.1 fjerde

---

<sup>68</sup> Kolrud (1992) s. 248.

<sup>69</sup> Barbo (1997) s. 123.

<sup>70</sup> Rt. 2014 s. 520 avsnitt 39.

ledd, er dette imidlertid innenfor hva entreprenøren burde ha tatt i betraktning, og således bærer risikoen for.

Konklusjonen er at entreprenøren ikke har krav på erstatning for det økonomiske tapet han blir påført ved uvesentlige mengdeavvik.

Videre blir spørsmålet om mengdeavvik som oppfyller vesentlighetskravet og dermed utgjør en endring, kan gi grunnlag for avbestillingserstatning. Før dette spørsmålet kan besvares skal det redegjøres for vesentlighetskravet.

### **3.2 Vesentlighetsvurderingen for mengdeavvik**

#### **3.2.1 Utgangspunktet**

Etter NS 8406 punkt 19.1 fjerde ledd følger det at ”poster som skal avregnes etter enhetspriser (regulerbare poster), utgjør ingen endring i forhold til disse bestemmelsene med mindre avviket i vesentlig grad overstiger det entreprenøren burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten”. Utgangspunktet for vurderingen blir dermed hvilke avvik entreprenøren *burde ha tatt i betraktning* ved inngåelsen av kontrakten. Det er ikke tilstrekkelig at mengdene overstiger det entreprenøren burde ha tatt i betraktning. Bare tilfeller der de i ”vesentlig grad” overstiger dette skal avviket skal anses som en endring.<sup>71</sup>

Vesentlighetsvurderingen etter alminnelig obligasjonsrett tar utgangspunkt i om det objektive avviket fra kontraktsmessig oppfyllelse, etter en helhetlig vurdering, må betegnes som vesentlig.<sup>72</sup> For enhetspriskontrakter med regulerbare mengder vil ikke oppfyllelsen nødvendigvis være helt definert. De avvik som oppstår er dermed ikke avvik fra en definert kontraktsmessig oppfyllelse, men et avvik fra hva entreprenøren kunne forvente å skulle oppfylle. I forlengelsen av dette kan det sies å ligge i kontraktens natur at det kan forkomme avvik, uten at dette er i strid med kontraktsmessig oppfyllelse.

I det følgende skal det først vurderes om det kan legges til grunn en generell terskel for når vesentlighetskravet er oppfylt. Deretter skal det redegjøres for hvilke vurderingsmomenter som er relevante ved vesentlighetsvurderingen.

#### **3.2.2 Terskelspørsmålet**

Spørsmålet er om det kan oppstilles en terskel for når vesentlighetskravet i punkt 19.1 fjerde ledd er oppfylt.

---

<sup>71</sup> Kolrud (2004) s. 224

<sup>72</sup> Rt. 1998 s. 1510 side 1521.

I forbindelse med NS 3401 har Sandvik antydnet at det skal legges til grunn en prosentfestet terskel. Det fulgte av punkt 11.3 litra b at dersom endringene var av et slikt omfang ”at forutsetningene for kalkulasjonen forrykkes” hadde begge parter krav på vederlagsjustering. Dersom det forelå en reduksjon i arbeidsvolumet, hevdet Sandvik at det ikke skulle gjøres noen endring i enhetsprisene før reduksjonen ble ”for omfattende”.<sup>73</sup> Videre heter det at man ved tolkningen må se hen til løsningen i den tidligere NS 401<sup>74</sup>, hvor det var foreskrevet at entreprenøren skulle holdes skadesløs ved reduksjon av kontraktssummen på mer enn 15 %. Sandvik uttaler videre at ”selv om NS 3401 ikke setter noen slik grense, er det klart at tilsvarende synsmåter må legges til grunn”.<sup>75</sup> Det kan stilles spørsmål til om Sandvik sin antydning på 15 % kan opprettholdes som et utgangspunkt i dagens standardkontrakter.

Resonnementet til Sandvik tar utgangspunkt i NS 401 § 4 pkt. 6. Bestemmelsen gjelder der det treffes bestemmelse om forandring. Det er ikke opplagt at denne bestemmelsen også vil gjelde for mengdeavvik. Prosentangivelsen som Sandvik legger til grunn synes likevel å være i overensstemmelse med andre land som har tallfestet en slik terskel.

Ser man hen til utenlandsk rett er det flere land som har prosentfestede terskler. I svensk rett skal enhetsprisene justeres hvis massene avviker med mer enn 25 %, jf AB 04 kap. 6 § 6 annet ledd.<sup>76</sup> I dansk rett følger det av AB 92 § 14 stk. 3 annet punktum<sup>77</sup> at dersom ikke annet er avtalt, skal det de fastlagte enhetspriser anvendes innenfor fastlagte variasjonsgrenser. Denne grensen er videre satt til 15 % av den opprinnelige avtalte kontraktssummen.<sup>78</sup> Dersom arbeidet reduseres med 15 % eller mer har entreprenøren krav på tapt fortjeneste, jf. stk. 5.<sup>79</sup> Etter den tyske VOB/B § 2 pkt. 3 skal enhetsprisene justeres dersom avvikene overstiger 10 %.<sup>80</sup> Det som etter norsk rett er en vesentlighetsvurdering, er i disse utenlandske standardkontrakter en prosentfestet terskel.

Arvesen har i kommentarutgaven til NS 8406 antydnet en prosentfestet terskel for vesentlighetsvurderingen i forhold til *mengdekontroll*. Dersom feilen kunne vært oppdaget, må avviket være vesentlig før man kan kreve vederlaget justert for avviket. Det er anslått en tålegrense som må overstiges før entreprenøren skal få krav på justering. En slik tålegrense på

---

<sup>73</sup> Sandvik (1966) s. 129.

<sup>74</sup> Norsk Standard 401:1938 Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av byggarbeider.

<sup>75</sup> Sandvik (1977) s. 129.

<sup>76</sup> Allmänna Bestämmelser 04 för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader.

<sup>77</sup> Almindelige Betingelser 92 for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed.

<sup>78</sup> Hørlyck (2014) s. 208.

<sup>79</sup> Johansen (2001) s. 1-2.

<sup>80</sup> Sandvik (1966) s. 233 og Arvesen (2014) s. 222.

anslagsvis 10 % hevdes å være rimelig.<sup>81</sup> Noen tilsvarende tålegrense er dog ikke antatt for vesentlighetsvurderingen i punkt 19.1 fjerde ledd.

Til tross for Sandviks antydning om en prosentfestet grense på 15 %, har ikke synspunktet blitt fulgt opp i kommentarutgavene til de nye standardkontraktene.<sup>82</sup> Arvesen legger tvert i mot til grunn at "[m]an kan neppe etter norsk rett legge til grunn noen slik prosentangivelse som utgangspunkt for når avvik i massen kan karakteriseres som en endring".<sup>83</sup>

På bakgrunn av drøftelsen kan det ikke oppstilles en terskel for når vesentlighetskravet i punkt 19.1 fjerde ledd er oppfylt. Vesentlighetskravet må dermed vurderes konkret ut fra relevante vurderingsmomenter. Disse skal gjennomgås i det følgende kapittel.

### 3.2.3 Vurderingsmomenter

Ettersom det ikke kan legges til grunn en generell terskel skal det redegjøres for hvilke momenter som kan tillegges vekt ved vurderingen av om vesentlighetskravet i punkt 19.1 fjerde ledd er oppfylt.

Om et mengdeavvik etter 19.1 fjerde ledd "i vesentlig grad overstiger det entreprenøren burde ha tatt i betraktning ved inngåelse av kontrakten" må vurderes konkret.<sup>84</sup> Vurderingen tar utgangspunkt i hva en aktsom entreprenør burde ha tatt i betraktning.<sup>85</sup>

For det første kan det ha betydning hvordan type enheter det dreier seg om. Avvik i eksempelvis kabellengder vil prosentueelt kunne være meget store, uten at det i vesentlig grad overstiger det entreprenøren burde regnet med.<sup>86</sup> Det samme vil gjelde for gravbare løsmasser og fjell som må sprenges, ettersom det er vanskelig på forhånd å angi de eksakte mengder.<sup>87</sup>

For det andre kan det være av betydning hvor stor del av kontrakten mengdeangivelsen utgjør. Arvesen har uttalt at "dersom hele kontrakten gjelder uttak av masse, vil trolig mindre avvik kunne anses som vesentlige enn hva som skal til for større kontrakter der uttak av masse kun utgjør en mindre del av kontrakten".<sup>88</sup> Det kan dermed bli avgjørende hvor stor del av

---

<sup>81</sup> Arvesen (2014) s. 313.

<sup>82</sup> Arvesen (2014), Marthinussen (2010) og Kolrud (2004).

<sup>83</sup> Arvesen (2014) s. 222.

<sup>84</sup> Arvesen (2014) s. 222.

<sup>85</sup> For nærmere redegjørelse av hvilke krav som stilles til en aktsom entreprenør, se Harris (2010) s. 237.

<sup>86</sup> Kolrud (2004) s. 224.

<sup>87</sup> Barbo (1997) s. 55-56.

<sup>88</sup> Arvesen (2014) s. 222.

kontrakten mengdeavviket utgjør. Vesentlighetskravet kan dermed bli relativt ettersom prosjektets størrelse vil være med på å avgjøre hvor store avvik entreprenøren må finne seg i.

For det tredje må det ses hen til hvilke usikkerhetsmomenter som er knyttet til postens mengdeanslag. Dette kan gi utslag i hvilke forventninger som er skapt. Dersom byggherren gir uttrykk for at de anslåtte mengdene er rimelig sikre, skal det trolig mindre til for at det foreligger et avvik som kan betegnes som vesentlig.<sup>89</sup> Dette kommer av at entreprenøren priser inn sin risiko basert på mengdeangivelsen.

For det fjerde kan det være relevant hva som er årsaken til mengdeavviket, særlig dersom byggherren eller noen han har risikoen for kan *bebreides* for at masseangivelsen er misvisende. I RG 1982 s. 313 ble det lagt vekt på at byggherren hadde opptrådt uaktsomt ved utarbeidelsen av anbudsdokumentene. Spørsmålet i saken var av en litt annen karakter, men det generelle synspunktet er interessant. Ettersom byggherren ikke hadde foretatt nærmere undersøkelse av grunnforholdene måtte anbudsdokumentene karakteriseres som et meget tynt og delvis villedende underlag for beregning av anbudspris. Lagmannsretten uttaler videre at: ”På bakgrunn av anbudsdokumentene og opplysningene gitt under anbudsbehandling var det ikke grunn for entreprenøren til å anta at grunnforholdene var spesielt vanskelige.”<sup>90</sup>

Det sentrale ved vurderingen vil være *konkret* i hvilken grad mengdeavviket representerer en betydelig ulempe eller kostnad utover det entreprenøren hadde grunn til å regne med.<sup>91</sup> Dette må videre vurderes i forhold til ”vesentlig”-kriteriet.<sup>92</sup>

### **3.3 Kan vesentlige mengdeavvik gi grunnlag for avbestillingserstatning?**

Spørsmålet er om mengdeavvik som oppfyller vesentlighetskravet i punkt 19.1 fjerde ledd utgjør en endring som kan gi grunnlag for avbestillingserstatning. Det forutsettes for drøftelsen at mengdeavviket er vesentlig.

#### **3.3.1 Ordlyden**

Punkt 19.1 fjerde ledd stadfester at mengdeavvik ”utgjør ingen endring i forhold til disse bestemmelsene med mindre avviket i vesentlig grad overstiger det entreprenøren burde tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten”. En naturlig språklig forståelse av ordlyden er at mengdeavvik som oppfyller vesentlighetskravet skal anses som en endring.

---

<sup>89</sup> Hagstrøm (2014) s. 318.

<sup>90</sup> RG 1982 s. 313, s. 318.

<sup>91</sup> Kolrud (2004) s. 224.

<sup>92</sup> Arvesen (2014) s. 222.

Det språklige tillegget ”i forhold til disse bestemmelsene” kan anses som en begrensning i forhold til bestemmelsens anvendelsesområde; at regelen ikke får betydning for andre bestemmelser i kontrakten, slik at det kun er reglene i punkt 19.1 som får betydning for avviket. I så fall må det anses som klart at entreprenøren ikke kan påberope seg punkt 28, og dermed kun kan sette frem krav etter punkt 19.1 syvende ledd om fristforlengelse og vederlagsjustering. Å legge vekt på denne formuleringen ved tolkningen av punkt 28 har Høyesterett vist seg å ikke være enig i, ettersom tilføyelsen ikke finnes i de tilsvarende bestemmelser og disse ikke skal forstås forskjellig på dette punkt.<sup>93</sup>

Om de vesentlige mengdeavvik, som følge av å utgjøre en endring, kan tas i betraktning ved vurderingen etter punkt 28 tredje ledd, gir ordlyden alene ikke svar på. Ordlyden må blant annet leses i lys av de formål de skal ivareta, og andre reelle hensyn.<sup>94</sup>

Punkt 19.1 fjerde ledd får en begrenset betydning dersom vesentlige mengdeavvik ikke skal tas i betraktning ved vurderingen etter 28 tredje ledd. For et slikt tilfelle vil bestemmelsen kun få betydning i relasjon til justering av vederlag i punkt 22. Fristforlengelse er det sjeldent tale om når prosjektarbeidet reduseres.

Dersom avvik først utgjør en endring etter punkt 19.1 taler systembetraktninger for at alle konsekvenser for endringsreglene gjelder. Én av konsekvensene ved en slik erkjennelse av mengdeavviket som endringsarbeider, er at den faller inn under ordlyden i punkt 28. Etter Høyesteretts tolkning av bestemmelsen, er det reduksjoner definert som endringsarbeider som er relevante ved beregningen av avviket fra kontraktssummen. Systembetraktninger taler for at dersom avviket utgjør en endring, skal det få betydning for avbestillingsregelen som uttrykkelig viser til ”tillegg og fradrag ved endringsarbeider”.

### 3.3.2 Rettsavgjørelser

Det ble ikke anført av partene i Repstad Anlegg-dommen at avviket var en endring etter reglene i punkt 19.1 fjerde ledd. Høyesterett tok dermed ikke uttrykkelig stilling til spørsmålet, men nevnte at ”[n]år vesentlighetskravet er tilfredsstilt, slår endringsreglene inn. Entreprenøren kan da kreve vederlagsjustering etter punkt 22.2. Om et slikt vesentlig avvik også kan inngå i vurderingen etter punkt 28, gir saken ikke foranledning til å ta stilling til.”<sup>95</sup> Videre heter det at:

---

<sup>93</sup> Rt. 2014 s. 520 avsnitt 39.

<sup>94</sup> Rt. 2010 s. 961 avsnitt 44.

<sup>95</sup> Rt. 2014 s. 520 avsnitt 38.



”Historikken bak regelverket og overordnede systembetraktninger peker altså etter mitt syn nokså klart i retning av at en reduksjon i vederlaget som følge av mengdeavvik - i hvert fall så langt vesentlighetskravet i punkt 19.1 fjerde ledd ikke er oppfylt - ikke kan tas i betraktning ved vurderingen etter punkt 28 tredje ledd”<sup>96</sup>

Av uttalelsen over kan det utledes at Høyesterett åpner for at en reduksjon i vederlaget som følge av et vesentlig mengdeavvik kan tas i betraktning ved vurderingen etter punkt 28 tredje ledd. En slik løsning er likevel ikke sikker. Det er ikke nødvendigvis slik at et vesentlig mengdeavvik skal telle med i vurderingen etter punkt 28 tredje ledd. Det kan tenkes at det er tilstrekkelig for entreprenøren å få justert enhetsprisen.

Det bemerkes at Høyesterett i Repstad Anlegg-dommen valgte å oppheve lagmannsrettens dom ettersom den var bygd på en uriktig rettslig forståelse av punkt 28.<sup>97</sup> Saken var til ny behandling i Agder Lagmannsrett 26. og 27. mars 2015.<sup>98</sup> Per dags dato, 25. april 2015, er dom ikke avsagt.

### 3.3.3 Rettsoppfatningen i juridisk litteratur

I kommentarutgaven til NS 8406 konstateres det kort at ”[r]egelen [i punkt 19.1 fjerde ledd] gjelder både i forhold til 15 %-grensen og i relasjon til pkt. 22.1 fjerde ledd”.<sup>99</sup> Det samme gjentas i kommentarutgavene til NS 8405 og NS 8407.<sup>100</sup> Det er ikke gitt noen videre begrunnelse for standpunktet. I Kolrud sin kommentarutgave til NS 8405 er spørsmålet behandlet nærmere:

”Når mengdeavviket er så stort at det representerer en endring, kan det oppstå vanskelige spørsmål i forhold til 15 %-regelen i punkt 20.1 andre ledd. Når det først foreligger et så vesentlig avvik at det må anses som en endring, må den del av avviket som anses som endring imidlertid telle med ved vurderingen av om 15 %-grensen er overskredet”.<sup>101</sup>

Kolrud viser til problematikken knyttet til hvilken del av mengdeavviket som skal anses som vesentlig. Uavhengig av hvilken del av mengdeavviket som skal anses som vesentlig, gir uttalelsen i hvert fall en klar indikasjon på at *noe* av avviket skal tas med i vurderingen etter

---

<sup>96</sup> Rt. 2014 s. 520 avsnitt 40.

<sup>97</sup> Rt. 2014 s. 520 avsnitt 42.

<sup>98</sup> Saksnummer: 14-101298ASD-ALAG

<sup>99</sup> Arvesen (2014) s. 222.

<sup>100</sup> Marthinussen (2010) s. 311 og Giverholt (2012) s. 480.

<sup>101</sup> Kolrud (2004) s. 224.

punkt 28. Bruserud argumenterer også for at et vesentlig mengdeavvik i regulerbare poster vil kunne bli relevante i forhold til punkt 28 tredje ledd, ettersom han mener at dette er resultatet som gir best mening ut fra standardkontraktens system.<sup>102</sup>

Rettsoppfatningen i juridisk teori synes klart å være at vesentlige mengdeavvik skal få betydning for 15 %-vurderingen i punkt 28 tredje ledd.

### 3.3.4 Drøftelse basert på bakgrunnsretten

I Repstad Anlegg dommen uttalte førstvoterende at:

”Jeg ser bestemmelsen som utslag av et alminnelig prinsipp om at entreprenørens risiko begrenses av læren om bristende forutsetninger, se Rt. 1999 s. 922 Salhus flytebru på side 931”.<sup>103</sup>

Det kan stilles spørsmål ved om Høyesteretts uttalelse skal tas til inntekt for at standardkontraktens endringsmekanisme ikke åpner for at mengdeavvik kan tas i betraktning ved vurderingen etter punkt 28, men heller viser til den alminnelige lære om bristende forutsetninger.

En slik fortolkning av uttalelsen må forutsette at kontrakten ikke kan gi svar på spørsmålet. I Rt. 2010 s. 1345, Veisalt-dommen, uttalte Høyesterett:

”Som jeg tidligere har påpekt, reguleres imidlertid virkningen av denne forutsetningssvikten av NS 3430 punkt 7.5, jf. punkt 21.1. Siden spørsmålet er kontraktsregulert, gir de ulovfestede regler ikke hjemmel for å kreve erstatning for denne forutsetningssvikten.”<sup>104</sup>

Dersom spørsmålet er kontraktsregulert, gir læren om bristende forutsetninger ikke hjemmel for å kreve erstatning for forutsetningssvikt. Det er i denne sammenheng uten betydning at standardkontraktens bestemmelse er utslag av et alminnelig prinsipp; situasjonen må antas å være regulert i kontrakten.

Læren om bristende forutsetninger vil uansett kunne bli problematisk ved bruk av entrepris-kontrakter som kommer i stand ved anbudskonkurranse, ettersom et vilkår er at forutsetningen er synlig ved avtaleinngåelsen. Det er lite sannsynlig at entreprenøren vil vinne frem med

---

<sup>102</sup> Hagstrøm (2014) s. 305.

<sup>103</sup> Rt. 2014 s. 520 avsnitt 37.

<sup>104</sup> Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 65.

læren om bristende forutsetninger ettersom forhandlingsforbudet begrenser entreprenørens adgang til å synliggjøre sine forutsetninger. Dersom man er i en situasjon hvor man ikke kan komme frem med avbestillingskrav med hjemmel i kontrakten, og heller ikke med grunnlag i bristende forutsetninger, må det antas å foreligge et hull i regelverket. Entreprenørens eneste mulighet vil i så fall være avtaleloven § 36.<sup>105</sup>

Det må være mest nærliggende å søke svaret løst i kontraktens ordlyd og bestemmelsens formål, fremfor i læren om bristende forutsetninger.

### 3.3.5 Konklusjon

Språklig sett kan det være unaturlig å kalle en forutsetningssvikt i de anslåtte mengder for en endring som skal lede til avbestilling. Det er på papiret *det samme kontraktarbeid* som leveres, med unntak av at kontraktarbeidets volum viser seg å være mindre enn antatt. Det kan tenkes at det i et slikt tilfelle vil være tilstrekkelig med en vederlagsjustering etter punkt 22, og at en økonomisk kompensasjon utover dette ikke bør finne sted.

Et slikt synspunkt synes likevel ikke å være i tråd med hensynene bak avbestillingsregelen. 15 %-grensen er et uttrykk for hvor mye risiko entreprenøren må tåle å bære. At mengdeavvik som etter punkt 19.1 fjerde ledd ”i vesentlig grad overstiger det entreprenøren burde ha tatt i betraktning”, ikke er relevant for avbestillingsregelen, virker noe ubalansert. At det ligger i kontraktens natur at det forekommer avvik synes ikke å veie opp for den ubalansen.

Vederlagsjustering vil ikke nødvendigvis være tilstrekkelig for å dekke entreprenørens tap. Formålet med vederlagsjustering etter punkt 22 er å justere enhetsprisene for det arbeid som kommer til utførelse, mens avbestillingserstatningen i punkt 28 derimot er en kompensasjon for det arbeid som ikke kommer til utførelse.

Konklusjonen er at mengdeavvik som oppfyller vesentlighetskravet kan gi grunnlag for avbestillingserstatning etter punkt 28.

En slik konklusjon gir en nytt spørsmål: Hvordan regelen skal anvendes, herunder hva som er vurderingsgrunnlaget og hvilken del av avviket som anses som vesentlig. Her foreligger det flere alternativer. I tillegg er det uklart hvordan varslingsreglene skal benyttes. I neste kapittel skal det drøftes hvordan regelen kan anvendes, mens det i kapittel 5 skal vurderes hvilke krav som stilles til entreprenørens varsling om vesentlige mengdeavvik.

---

<sup>105</sup> Hagstrøm (2014) s. 179.

## 4 Nærmere om hvordan regelen skal praktiseres

Det forutsettes for drøftelsen at vesentlige mengdeavvik får betydning for avbestillingsregelen i NS 8406 punkt 28.<sup>106</sup>

Det er flere alternativer for hvordan vesentlige mengdeavvik skal tas i betraktning ved vurderingen etter punkt 28 tredje ledd. Det første spørsmålet er hva som er vurderingsgrunnlaget for vesentlighetsvurderingen; om vesentlighetskravet skal vurderes for den enkelte post eller etter en samlet vurdering. Det andre spørsmålet er hvilken del av mengdeavviket som skal anses som vesentlig, og dermed utgjøre en endring. I det følgende skal det gjøres rede for disse to spørsmålene. Deretter skal det oppstilles alternativer for hvordan regelen skal praktiseres basert på konklusjonene fra de to spørsmålene.

### 4.1 Hva er vurderingsgrunnlaget for vesentlighetsvurderingen?

For entreprisekontrakter med flere poster blir spørsmålet *hva* som er vurderingsgrunnlaget for vesentlighetsvurderingen. Det vil si om vesentlighetskravet skal vurderes individuelt for den enkelte post eller for alle postene samlet.

Ordlyden i punkt 19.1 fjerde ledd refererer til ”avvik i forhold til kontraktens mengdeangivelse på poster” og at ”avviket” må være vesentlig. Ordlyden gir ikke isolert sett noen klargjøring av spørsmålet. Ordet ”poster” i første linje kan tale for at det dreier seg om en samlet vurdering, men enkeltelementet i slutten av bestemmelsen (”avviket”) drar i motsatt retning.

Noen klargjøring i Repstad Anlegg-dommen ble heller ikke foretatt. Det kan ved første øyekast se ut til at det opereres med en samlet vurdering av arbeidet. Høyesterett viser til at avvikene som har oppstått, har medført en reduksjon i entreprenørens samlede vederlag på 22,3 prosent i forhold til kontraktssummen.<sup>107</sup> Denne sammenslåingen av avvikene er dog i forhold til avbestillingsregelen og ikke vesentlighetsvurderingen. Ettersom det ikke var anført at avvikene var vesentlige, ble det ikke vurdert hvordan man skulle foreta vesentlighetsvurderingen.

I kommentarutgaven til den eldre NS 8405:2004 presiseres det ikke hva som er vurderingsgrunnlaget.<sup>108</sup> Kolrud siterer den siste linjen i punkt 19.1 fjerde ledd som nevnt over, hvor det

---

<sup>106</sup> Dersom vesentlige mengdeavvik *ikke* er anvendelige på avbestillingsregelen er entreprenøren begrenset til vederlagsjustering og/eller fristforlengelse etter punkt 22. Eventuelt kan han påberope seg læren om bristende forutsetninger eller avtaleloven § 36.

<sup>107</sup> Rt. 2014 s. 520 avsnitt 5.

<sup>108</sup> Kolrud (2004) s. 224.

kun er inntatt enkeltelementet med ”avviket”. I neste avsnitt drøftes ”mengdene”. Det kan synes som om forfatterne ikke har hatt et konsekvent forhold til hva som er vurderingsgrunnlaget. I kommentarutgaven til den tidligere standardkontrakten NS 3430 er dette heller ikke presisert.<sup>109</sup>

Rettstilstanden er på dette punkt uavklart, og videre drøftelse må baseres på reelle hensyn.

Systembetraktninger taler for at vesentlighetskravet skal vurderes individuelt for den enkelte post. For det første innebærer dette at vurderingsgrunnlaget er likt uavhengig av om entreprenøren ønsker vederlagsjustering eller avbestillingserstatning. Vesentlighetsvurderingen knyttet til vederlagsjusteringen må være den enkelte post, ettersom det er den enkelte posts enhetspris som skal justeres. Størrelsen på den enkelte post vil også gi entreprenøren en indikasjon på enhetsprisen, grunnet blant annet stordriftsfordeler. Når forutsetningen for disse fordelene frafaller i den enkelte post, vil dette måtte tale for at det er den enkelte post som er vurderingsgrunnlaget. Hvis det legges til grunn en samlet vurdering for vesentlighetskravet, innebærer dette at vurderingen blir forskjellig ut fra hvilken konsekvens som søkes; vederlagsjustering eller avbestilling.

For det andre skal en samlet vurdering gjøres etter punkt 28 tredje ledd. Avbestillingsregelen ser hen til *summen* av de endringer som har oppstått. Det som summeres opp, er nettopp de enkelte endringene som til sammen skal vurderes opp mot en netto 15 %-grense. Systembetraktninger kan således tale for at det ikke er meningen at denne vurderingen skal gjøres to ganger på samme forhold.

Det kan imidlertid spørres om en individuell vurdering av vesentlighetskravet for de enkelte poster ikke er en praktikabel regel. Dette kan bli en omfattende øvelse ettersom prosjektarbeidet kan være delt opp i over hundrevis av mindre poster. En samlet vurdering vil således kunne være enklere å praktisere. En slik totalvurdering praktiseres også i andre vurderinger innenfor kontraktsretten som for eksempel ved hevning<sup>110</sup> og avtaleloven<sup>111</sup> § 36.<sup>112</sup>

Det bemerkes at hvis man legger til grunn en samlet vurdering for vesentlighetskravet, vil det være naturlig å regne netto mengdeavvik på samme måte som man gjør for avbestillingsregelen. En helhetlig vurdering bør også fange opp mengdeavvik som trekker i motsatt

---

<sup>109</sup> Kolrud (1992) s. 231.

<sup>110</sup> Hagstrøm (2011) s. 428 flg.

<sup>111</sup> Lov av 31. april 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven).

<sup>112</sup> Woxholth (2014) s. 309-310.

retning, og blir høyere enn antatt. Dersom man ikke gjør dette, vil byggherren ende opp med å bære en større del av risikoen. Byggherren har i utgangspunktet risikoen for at mengdene blir større, og prosjektet som sådan blir dyrere. Entreprenørens risiko knyttet til at mengdene (og vederlaget) blir mindre, er modifisert ved at de *vesentlige* negative avvik bæres av byggherren. Når alle negative mengdeavvik skal telle med i en samlet vurdering, uten fradrag for positive avvik, vil samtlige uvesentlige mengdeavvik bli flyttet over til byggherren. Dette kan ikke være i samsvar med risikofordelingen som enhetspriskontrakter legger opp til.

Forholdet til taktisk prising bør i denne forbindelse påpekes. Entreprenøren kan vurdere det slik at noen av postene vil øke, fordi de er regulerbare og byggherren har satt en lav mengde i anbudsgrunnlaget. Dette kan gjøre at han velger å prise disse postene høyt, altså taktisk prising.<sup>113</sup> Dette vil kunne gjøre det vanskelig å vurdere den enkelte post, ettersom den ikke gir uttrykk for entreprenørens samlede betraktning av de regulerbare postene.

Selv om man legger til grunn netto mengdeavvik, vil en samlet vurdering kunne være i strid med funksjonsfordelingen. En samlet vurdering vil fange opp mengdeavvik som individuelt sett fremstår som uvesentlige, men som i sum altså skal anses som vesentlige. Begrunnelsen for at dette kan være i strid med funksjonsfordelingen er at de mange uvesentlige avvik ligger innenfor "entreprenørrisikoen". Disse avvikene er nettopp kjernen av hva entreprenøren burde tatt i betraktning, og som han dermed har hatt en foranledning til å prise risikoen for.

Et ytterligere argument mot å la vurderingsgrunnlaget være en samlet vurdering er at det kan bli en illusorisk vurdering. Når byggherren gir anslag på de stipulerte mengder vil det nødvendigvis være forskjellige usikkerhetsmomenter knyttet til de forskjellige poster. Dette vil få betydning for hvor store avvik entreprenøren "burde ha tatt i betraktning" for *den enkelte post*. Entreprenøren må for eksempel regne med at det oppstår større avvik i poster hvor den anslåtte mengde er mer usikker, enn for poster hvor byggherren har uttrykket stor sikkerhet knyttet til mengdeangivelsen. Hva entreprenøren burde ha tatt i betraktning blir derfor individuelt for hver post. Dette gir utslag i hvordan entreprenøren priser posten, og således hvilke berettigede forventninger entreprenøren har. En samlet vurdering ville altså uansett måtte gå inn i de enkelte poster for å finne ut hva entreprenøren burde ha regnet med ut fra den enkelte posts usikkerhetsmomenter m.m. Dette taler for å vurdere vesentlige avvik for den enkelte post.

Entreprenørens forhold til underentreprenører kan også være et argument for å vurdere post for post. Det kan gi uheldige utslag om underentreprenøren for én post har krav mot

---

<sup>113</sup> Cappelen (2015).

entreprenøren, men som entreprenøren videre ikke vil ha mot byggherren fordi det samlet sett med de andre postene ikke forelå et vesentlig avvik. Dette argumentet kan likevel ikke føre frem på grunn av to forhold. For det første vil det være i strid med begrunnelsen for entreprenørens valgfrihet. At entreprenøren har frihet til å velge sine underentreprenører, er begrunnet nettopp i at byggherren kun forholder seg til entreprenøren. Å gi byggherren negative konsekvenser som følge av entreprenørens valgfrihet vil således være i strid med dette. For det andre vil entreprenøren kunne gardere seg mot krav fra underentreprenøren ved å ta forbehold i kontrakten, såkalt back-to-back regulering. Det innebærer at vesentlige avvik kun oppstår i forhold til entreprenørens kontrakt med byggherren, og at hans kontrakt med underentreprenøren dermed skal vurderes på samme måte. Entreprenøren burde dermed kunne ta forbehold om at slike situasjoner kan oppstå.

Drøftelsen over viser at det er gode argumenter for begge løsninger. Det synes imidlertid å være en overvekt av argumenter som taler for at vurderingsgrunnlaget skal vurderes for den enkelte post. Hovedinnvendingen mot en slik løsning synes å være om hvorvidt regelen er praktikabel. Til dette kan det påpekes at en samlet vurdering ikke nødvendigvis vil vise seg å være enklere; særlig ved spørsmålet om hvilken del av avviket som skal medregnes. Dette argumentet har således begrenset vekt.

Etter min vurdering bør vesentlighetskravet vurderes individuelt for den enkelte post. Dette støttes opp av systembetragtningene og hvilke forhold entreprenøren rent faktisk har tatt i betraktning.

Ettersom rettstilstanden på dette punkt må anses som uavklart, vil fremstillingen videre ta hensyn til at oppgavens hovedproblemstilling også kan løses ved en samlet vurdering av vesentlighetskravet. Dette vil det bli gjort nærmere rede for i kapittel 4.3.

## **4.2 Hvilken del av mengdeavviket er vesentlig?**

Dersom mengdeavviket oppfyller vesentlighetskravet i punkt 19.1 fjerde ledd, er spørsmålet *hvilken del av mengdeavviket* som skal anses som vesentlig, og således utgjøre en endring. Det foreligger to alternativer: (i) Hele avviket skal anses som vesentlig eller (ii) kun den del av avviket som ”overstiger” vesentlighetskravet, skal anses som vesentlig.<sup>114</sup>

Det følger av NS 8406 punkt 19.1 fjerde ledd at ”avvik i forhold til kontraktens mengdeangivelse” vil kunne utgjøre en endring dersom vesentlighetskravet er oppfylt. En naturlig

---

<sup>114</sup> Alternativene er nærmere illustrert i kapittel 4.3.

språklig forståelse av ordlyden taler for at hvis avviket først er vesentlig, er det avviket i forhold til kontraktens angivelse som er det vesentlige avvik; altså hele avviket.

I Repstad Anlegg-dommen uttalte Høyesterett følgende:

”På bakgrunn av bestemmelsen i punkt 19.1 fjerde ledd fremstår det i hvert fall som lite naturlig om ethvert mengdeavvik skulle telle med ved vurderingen av om det er grunnlag for avbestillingserstatning etter punkt 28.”<sup>115</sup>

Av uttalelsen over kan det synes som om Høyesterett mener at det kun er det overstigende mengdeavvik som skal anses som en endring. Uttalelsen kan imidlertid også forstås dithen at mengdeavvik som ikke oppfyller vesentlighetskravet, er de mengdeavvikene som Høyesterett mener ikke skal telle med. Uttalelsen gir således ikke noe klart svar på spørsmålet.

Barbo synes å mene at hele avviket skal anses som en endring dersom vesentlighetskravet er oppfylt. Dette følger av en oppmannsavgjørelse etter NS 8405:2008 hvor han var oppnevnt som oppmann. Det bemerkes at NS 8405 punkt 22.1 siste ledd tilsvarer bestemmelsen i NS 8406 punkt 19.1 fjerde ledd.

”Jeg bemerker videre at ordlyden i bestemmelsen i NS 8405 punkt 22.1 siste ledd indikerer at *hele* avviket i forhold til kontraktens mengdeangivelse, hvis betingelsene som oppstilles i bestemmelsen er oppfylt, skal anses som en endring. Dette spørsmålet er ikke opplagt, men denne løsningen gir klare retts tekniske fordeler og er som nevnt etter min oppfatning det tolkningsalternativ som har best støtte i ordlyden”<sup>116</sup>

Den rettskildemessige betydningen av oppmannsavgjørelser må som nevnt bygges på argumentets saklige tyngde.<sup>117</sup> Barbos slutning fra ordlyden har mulig retts tekniske fordeler, men ettersom disse ikke nevnes, er det vanskelig å overprøve de reelle hensyn som ligger til grunn for argumentasjonen.

I kommentarutgaven til NS 8405 synes Kolrud å gi uttrykk for at det vesentlige mengdeavviket skal deles opp i to deler: En del som anses som en endring og en del som ikke anses som en endring. Dette fremkommer i en detaljkommentering av endringsbestemmelsen i punkt 20.1 om endringer i regulerbare poster.

---

<sup>115</sup> Rt. 2014 s. 520 avsnitt 38.

<sup>116</sup> Oppmannsavgjørelse av 25. juli 2010, side 9.

<sup>117</sup> Barbo (1997) s. 26.



”Når det først foreligger et så vesentlig avvik at det må anses som en endring, må den del av avviket som anses som endring imidlertid telle med ved vurderingen av om 15 %-grensen er overskredet”.<sup>118</sup>

Kolruds uttalelser trekker i motsatt retning av Barbos synspunkt. Det er ikke helt tydelig hva Kolrud bygger sin argumentasjon på, men han trekker en annen slutning fra samme ordlyd i NS 8405. Dette standpunkt kan også leses ut av kommentarutgaven til den tidligere standarden NS 3430. Bestemmelsen i punkt 28.1 fastslo at dersom variasjonene i de regulerbare poster i vesentlig grad oversteg det entreprenøren burde ha tatt i betraktning, forelå det tilleggsarbeider som teller ved beregningen av om 15 %-grensen er nådd.<sup>119</sup> I den anledning uttales det videre:

”Slik regelen er formet ligger det nærmest å anta at det er det ”overstigende” merarbeid som skal betales som tilleggsarbeid, og ikke alt merarbeid når først variasjonene i vesentlig grad overstiger det han burde tatt i betraktning. At det kan være vanskelig å trekke et skille her, er ganske klart. I praksis vil derfor regelen kunne skape adskillige tvister”.<sup>120</sup>

Ettersom verken ordlyden, rettspraksis eller argumentasjon i juridisk teori kan gi et klart svar, må konklusjonen søkes i reelle hensyn.

Problemstillingen kompliseres av at den bygger på et annet spørsmål; nemlig om vesentlighetsvurderingen skal foretas for den enkelte post eller som en samlet vurdering av alle mengdeavvik (”vurderingsgrunnlaget”). Vurderingen av om hele mengdeavviket eller kun det som overstiger det vesentlige skal telle med, vil kunne avhenge ut fra hva man kommer til at skal være vurderingsgrunnlaget. Som vurderingen nedenfor viser, vil de reelle hensyn være ulike for de to situasjonene.

Ettersom rettssituasjonen fra kapittel 4.1 er uavklart, anses det som hensiktsmessig med en parallell behandling av disse to spørsmålene.

I en *samlet vurdering* vil mange uvesentlige mengdeavvik i de enkelte poster, inngå i en samlet mengde som til sammen kan anses som vesentlig. Om hele avviket i et slikt tilfelle skulle medregnes, kan det argumenteres for at entreprenøren får med flere mengdeavvik som han burde ha tatt i betraktning. Det følger av bestemmelsen at det kun er avvik som

---

<sup>118</sup> Kolrud (2004) s. 224.

<sup>119</sup> Kolrud (1992) s. 231.

<sup>120</sup> Kolrud (1992) s. 231.

entreprenøren ”ikke burde tatt i betraktning” som skal anses som den vesentlige mengde. Ettersom de uvesentlige mengdene i den samlede vurderingen må antas å ligge innenfor ”entreprenørrisikoen”, bør det kun være avvikene som overstiger dette som skal anses som vesentlige.

Dersom vesentlighetsvurderingen skal foretas som en samlet vurdering, bør avviket som skal anses som vesentlig begrenses til kun det overstigende.

For en *individuell vurdering* vil det være retts teknisk enklere å ta med hele avviket hvis vesentlighetskravet først er oppfylt. En slik regel innebærer at dersom mengdeavviket er uvesentlig får det ingen konsekvenser for det økonomiske oppgjøret, men når det derimot blir vesentlig skal hele avviket telle med i vurderingen av om 15 %-grensen er overskredet.

Et hensyn som kan gjøres gjeldende mot å ta med hele avviket i den enkelte posten er at entreprenøren får med i vurderingen en risiko som han allerede har priset (og bærer risikoen for). Partenes forutsetning er at entreprenøren skal bære risiko for avvik som ikke er vesentlig. Idet avviket oppfyller vesentlighetskravet skal hele posten regnes med. En slik praktisering av regelen innebærer at også de uvesentlige mengdeavvik inngår som vesentlige. Spørsmålet er om denne fordelingen er uberettiget nok til at den skal veie tyngre enn andre hensyn. Ettersom han imidlertid ikke får med postene med uvesentlige avvik, bør dette likevel kunne anses som en rimelig avveining.

Hvis kun det overstigende avviket i den enkelte post skal anses som vesentlig, vil entreprenøren svært sjeldent kunne påberope seg mengdeavvik som grunnlag for avbestillingserstatning. Han blir dermed den parten som hovedsakelig bærer kostnaden av at det forekommer mengdeavvik. Dette gir trolig entreprenøren en større risiko enn han burde tatt i betraktning ved inngåelsen av avtalen. I tillegg vil en slik øvelse bli så omfattende at regelen neppe vil være praktikabel.

Dersom vesentlighetsvurderingen skal foretas for den enkelte post, synes det mest naturlig at hele mengdeavviket skal anses som en endring.

Det avgjørende for reglene i entreprisekontrakter må være at de er praktikable og retts teknisk enkle. Dette gjør seg særlig gjeldende for entrepriseretten ettersom tvister oppstår parallelt med prosjektets utførelse. For at samarbeidet skal være godt, bør man ha enkle regler som minimerer tvistene.

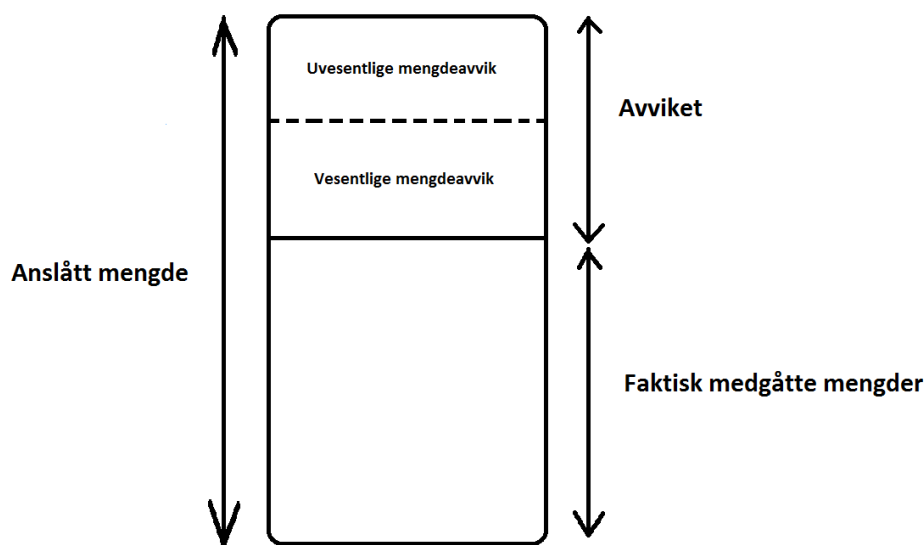
Konklusjonen må bli todelt; dersom man legger til grunn en individuell vurdering, bør hele avviket anses som vesentlig. For en samlet vurdering bør kun det overstigende anses som vesentlig.

Disse alternativene skal skisseres nærmere i det følgende kapittel.

### 4.3 Alternativer for praktisering av regelen

Basert på vurderingene over foreligger det to alternativer for hvordan vesentlige mengdeavvik kan anvendes på avbestillingsregelen: (i) Det første alternativ er at det foretas en samlet vurdering, men kun det overstigende mengdeavviket anses som vesentlig og (ii) det andre alternativet er at det foretas en individuell vurdering og hvor hele mengdeavviket anses som vesentlig. I det følgende skal det gjøres nærmere rede for disse to alternativene.

Alternativene illustreres ved bruk av skisser. Disse vil ta utgangspunkt i en forenklet skisse som skal representere en regulerbar post i en entreprisekontrakt. Denne ser slik ut:

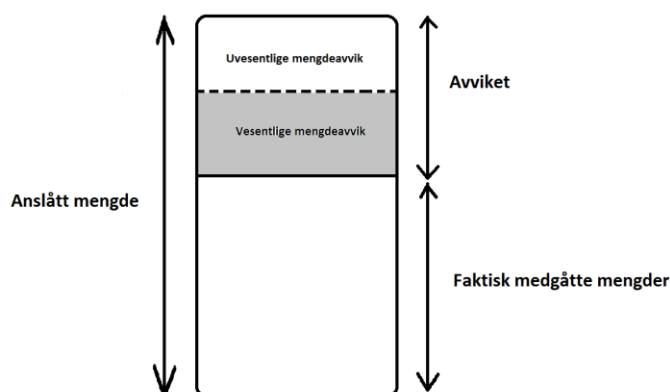


Hele posten representerer den anslåtte mengden. Posten skiller mellom den faktisk medgåtte mengden og avviket fra det anslåtte. Avviket er igjen delt inn i en vesentlig og en uvesentlig mengde. Grensen mellom disse to mengdene er illustrert ved den stiplede linjen som er en illusorisk *vesentlighetsterskel*.

#### 4.3.1 Alternativ 1: Samlet vurdering. Kun det overstigende er vesentlig

I dette alternativet skal alle avvik med i en samlet vurdering for å se hen til om avvikene til sammen oppfyller vesentlighetskravet. Dersom kravet er oppfylt, er det bare det *overstigende* avvik som skal anses som vesentlig, altså avvikene utover ”vesentlighetsterskelen”. Det

uvesentlige mengdeavvik holdes utenfor. Mengdeavviket som skal anses som vesentlig markert i skissen som den grå mengden.



#### Eksempel:

Det tas utgangspunkt i tallene fra Repstad Anlegg-dommen. Mengdeavviket samlet sett utgjør 22,3 % av kontraktssummen. Gitt at vesentlighetskravet for mengdeavvik *i denne kontrakten* antas å være oppfylt ved 15 %, er det kun det avviket *utover* denne terskelen (7,3 %) som skal med i avbestillingsregelen. Forutsatt at det ikke foreligger øvrige endringer som innebærer en reduksjon på 13,7 % eller mer, har entreprenøren ikke krav på avbestillingserstatning.

#### Vurdering:

Rettsteknisk blir dette en vanskelig regel, ettersom man ikke har prosentfestet vesentlighetskravet i norsk rett. Den skjønnsmessige vurderingen av om mengdeavviket er vesentlig, er vanskelig å ta i betraktning når det skal vurderes om 15 %-grensen er overskredet. Det må først fastsettes *når* vesentlighetskravet er oppfylt, for deretter å regne ut hvilken del av avviket som overstiger dette. Så fremt vesentlighetskravet ikke er prosentfestet, vil det trolig bli en både omfattende og vanskelig operasjon å skulle fastslå en vesentlighetsterskel for det konkrete, samlede avvik. I tillegg innebærer denne løsningen at vesentlighetsvurderingen blir forskjellig ut fra om det ønskes vederlagsjustering eller avbestillingserstatning. Systembetraktninger taler for at denne vurderingen burde være lik.

#### 4.3.2 Alternativ 2: Individuell vurdering. Hele avviket er vesentlig.

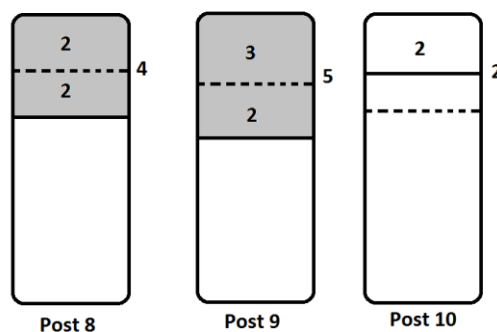
I dette alternativet avgjøres vesentlighetskravet for mengdeavvikene i den enkelte posts. Dersom postens mengdeavvik oppfyller vesentlighetskravet, anses hele avviket som vesentlig; hele avviket utgjør en endring som kan tas i betraktning. Når det er fastlagt hvilke poster som utgjør en endring, skal disse og andre eventuelle endringer tas med i 15 %-vurderingen.

På bakgrunn av at enhetspriskontrakter gjerne er beskrevet ned til den minste detalj, slik at det foreligger mange poster, kan det tenkes at det er tilstrekkelig å vurdere vesentlighetskravet i forhold til hver hovedpost for kontraktsytelsen.

#### Eksempel:

Kontrakten er fordelt på ti poster og hver post har en anslått mengde på ti enheter. Pris per enhet er for enkelthetens skyld NOK 1. Kontraktssummen er dermed NOK 100. I post 1-7 foreligger det ingen avvik. På post 8 oppstår en reduksjon på 4 mengder, på post 9 oppstår en reduksjon på 5 mengder og post 10 en reduksjon på 2 mengder.

I dette tilfelle er det ikke nødvendig å fastsette vesentlighetskravet konkret. Foreligger det et vesentlig mengdeavvik ved en reduksjon på 4/10 i post 8, skal hele avviket tas med. Det blir uinteressant *når* avviket ble vesentlig. Det antas videre at vesentlighetskravet også er oppfylt for post 9. På post 10 antas det at 2/10 ikke oppfyller vesentlighetskravet, og avviket på posten skal dermed ses bort fra i sin helhet. Postene som skal medregnes er markert i skissen som grå mengder.



Regnestykket blir som følger:

$$\begin{aligned} & \text{Kontraktssum (NOK 100)} - \text{avviket i post 8 (NOK 4)} - \text{avviket i post 9 (NOK 5)} \\ & = \text{NOK 91.} \end{aligned}$$

Dette utgjør en reduksjon på 9 %. Denne prosenten tas med i vurderingen i punkt 28. Dersom det ikke foreligger andre øvrige negative endringer på kontraktsarbeidet, er 15 %-grensen ikke overskredet. Entreprenøren har i eksempelet ikke krav på avbestillingserstatning.

#### Vurdering:

Alternativet kan innebære mange vurderinger, slik at det blir en omfattende øvelse å

gjennomgå alle de enkelte postene. Dette kan i noen grad bøtes på ved å la vurderingen gå på den enkelte hovedpost. Ettersom hele avviket utgjør en endring, vil alternativet være enklere å ta i betraktning ved vurderingen etter punkt 28, enn for alternativ 1.

Alternativet må anses som en rimelig balanse mellom partenes interesser ettersom den avskjærer de uvesentlige mengdeavvikene (som vist på post 10). I tillegg innebærer alternativet at vurderingsgrunnlaget blir det samme, uavhengig av om det er vederlagsjustering eller avbestillingserstatning det fremsettes krav om.

#### 4.3.3 Konklusjon

Så lenge det ikke foreligger en prosentfestet vesentlighetsterskel kan det trolig bli vanskelig å sette en skjønnsmessig prosent på vesentlighetsvurderingen, slik at det overstigende kan tas med i 15 %-vurderingen etter punkt 28. En annen ulempe med alternativ 1 er at samme bestemmelse innholdet to forskjellige vurderinger. Basert på gjennomgangen av alternativene, må det antas at det er alternativ 2 er det mest aktuelle. Alternativet sørger for at man får knyttet vesentlighetsvurderingen til konkret hva entreprenøren burde ha regnet med da han ga tilbud på bakgrunn av mengdeangivelsen. Det er dermed best i samsvar med juridisk teori sin redegjørelse for hvordan bestemmelsen skal forstås.

Om vesentlighetskravet burde prosentfestes skal drøftes i kapittel 6.1.

## 5 Varslingsreglene for vesentlige mengdeavvik

Det forutsettes for drøftelsen at vesentlige mengdeavvik er endringer som kan tas i betraktning ved vurdering etter punkt 28 tredje ledd.

Det kan spørres om et krav om varsel har noe for seg dersom det legges til grunn en samlet vurdering etter *alternativ 1*, jf. kapittel 4.3.1. Det må antas at det vil være tilstrekkelig at entreprenøren fremmer kravet ved sluttoppgjøret. Dette er begrunnet i at arbeidet må være utført på samtlige poster med regulerbar mengde før entreprenøren vil se hvor stort avviket samlet sett er. Fremstillingen videre forutsetter *alternativ 2*; at vurderingsgrunnlaget er den individuelle post, jf. kapittel 4.3.2.

Varslingsreglene for mengdeavviket er viktig av to grunner: (i) varslingsreglene kan ha en preklusiv karakter og (ii) forskjellige varslingsystemer kan ha forskjellige konsekvenser for hvilke kostnader man får dekket. Varslingsreglenes preklusive karakter er mindre fremtredende i NS 8406, som er en forenklet versjon av NS 8405. Hensynene bak varslingsreglene vil derfor være forskjellige, og dette vil kunne få betydning for om det

foreligger et krav om varsling. Det kan imidlertid ha gode grunner for seg at NS 8406 og NS 8405 skal tolkes likt ved sammenfallende bestemmelser.<sup>121</sup>

## **5.1 Rettslig grunnlag**

Det følger av punkt 28 andre ledd at en avbestilling skal være skriftlig. Dersom byggherren ønsker en avbestilling, har entreprenøren krav på å få dette skriftlig. Høyesterett uttaler i Repstad Anlegg-dommen at regelen om krav til skriftlighet indikerer at det er tale om en særskilt formalisert ordning. Spørsmålet er om entreprenøren må varsle byggherren om vesentlige mengdeavvik som kan gi grunnlag for avbestillingserstatning.

En varslingsplikt kan vanskelig utledes av avbestillingsregelen i punkt 28. Det kan derimot spørres om det foreligger et krav om varsling i punkt 19.1, 18.2 eller ut fra alminnelige passivitetsregler. Disse vil bli behandlet i nevnte rekkefølge.

### **5.1.1 Punkt 19.1 syvende ledd**

Etter NS 8406 punkt 19.1 syvende ledd følger det at "[e]ntreprenøren skal innen rimelig tid varsle byggherren om sitt krav på justering av vederlag og tidsfrister som følge av endringen". Dersom vesentlige mengdeavvik skal anses som en endring er det nærliggende å anta at det er varslingsreglene for endringer som inntreffer.

Varslingskravet gjelder etter sin ordlyd kun for krav om justering av vederlag og tidsfrister. Det er sjeldent tale om å forlenge tidsfrister ved reduksjon i mengdene. Dersom entreprenøren ikke ønsker å påberope seg vederlagsjustering ved en reduksjon i mengdene, kan ordlyden isolert sett ikke tas til inntekt for at han har noen varslingsplikt.

Spørsmålet er om man kan tolke bestemmelsen utvidende til også å gjelde varsling om vesentlige mengdeavvik som kan gi grunnlag for avbestillingserstatning etter punkt 28 tredje ledd.

At varslingsplikten ikke kan leses rett ut av bestemmelsen, bør ikke nødvendigvis utelukke at det bør finne sted en slik plikt. Bestemmelsens ordlyd må leses i lys av de formål de skal ivareta, og andre reelle hensyn.<sup>122</sup>

Hensynet bak varslingsreglene er å gjøre den andre part klar over hvilke krav som kommer. Byggherrens behov for kostnadskontroll og prosjektstyring er i den sammenheng

---

<sup>121</sup> Dette hensynet la Høyesterett vekt på i Rt. 2014 s. 520 avsnitt 39.

<sup>122</sup> Rt. 2010 s. 961 avsnitt 44.

fremtredende. Entreprenøren vil derimot ha et ønske om å unngå for mye formaliteter, som igjen gir han en ekstrakostnad ved at det krever en større administrasjon.

Konsekvensen av at byggherren blir varslet, er at han kan treffe tiltak for å ivareta sine interesser. Disse vil hovedsakelig være knyttet til å pålegge entreprenøren ytterligere tilleggsarbeider for å holde reduksjonen innenfor 15 %-grensen, slik at han unngår et erstatningsoppgjør.

Hvis vesentlige mengdeavvik ikke skal varsles, vil mangel av varsel mulig kunne være en indikasjon for byggherren på at entreprenøren mener han har krav på, eller kommer til å få krav på avbestillingserstatning. At byggherren får denne indikasjonen er gitt under den forutsetning at han har en oversikt over prosjektet som gjør at han ser hvor det forekommer avvik, selv om entreprenøren ikke varsler. En slik ordning kan virke i strid med standardkontraktenes system. Formålet bak varslingsreglene er at den andre part skal vite hvilke krav som kommer.

Det kan imidlertid være vanskelig å la reelle hensyn veie tyngre enn den bestemmelsens klare ordlyd. En varslingsplikt kan på bakgrunn av drøftelsen ikke utledes av punkt 19.1 syvende ledd.

#### 5.1.2 Punkt 18.2 tredje ledd

Punkt 18.2 oppstiller en plikt for entreprenøren til å varsle om svikt ved byggherrens medvirkning. Dette er uavhengig av om han vil kreve vederlagsjustering eller fristforlengelse, jf. fjerde ledd.

Det følger av bestemmelsens tredje ledd at entreprenøren skal varsle byggherren ”dersom han blir oppmerksom på at det fysiske arbeidsunderlaget, fastmerker, grunnforhold, leverte materialer eller annen medvirkning fra byggherren ikke oppfyller de krav han etter kontrakten kunne forvente”. Negative mengdeavvik kan muligens anses som en svikt ved byggherrens medvirkning. Det er som regel byggherren som eier tomten kontraktsarbeidet skal utføres på, slik at han er ansvarlig for grunnforholdene.<sup>123</sup> I utførelsesentrepriser står også byggherren for prosjekteringen. Når prosjekteringen viser seg å gi et uriktig bilde av grunnforholdene, er spørsmålet om dette ikke oppfyller de krav entreprenøren etter kontrakten kunne forvente. I så fall taler dette for å anse dem som en svikt ved byggherrens medvirkning.

---

<sup>123</sup> Marthinussen (2010) s. 45 flg.



Varselet skal gis når entreprenøren blir oppmerksom på forholdet, i oppgavens sammenheng vil dette tidspunktet være når entreprenøren ser at det oppstår vesentlige mengdeavvik.

Det kan være nærliggende å anta at en varsling etter punkt 18.2 kan anvendes til å hjemle en varslingsplikt. Problemet ved en slik slutning fra ordlyden er at det er mange uklarheter knyttet til reglene for mengdeavvik. Det vil derfor lett kunne være urimelig om entreprenøren på bakgrunn av dette taper sitt krav.

Hensynet bak varslingsreglene er at byggherren skal få muligheten til å rette opp svikten før entreprenøren utfører arbeidet.<sup>124</sup> Et slikt hensyn vil et varsel om mengdeavvik ikke kunne oppfylle, ettersom entreprenøren ikke har anledning til å oppdage svikten (at det foreligger et vesentlig mengdeavvik) før *etter* at arbeidet er utført og han ser hvor mange mengder som er medgått.

Det er vanskelig å se at punkt 18.2 tredje ledd gir en klar hjemmel for varslingsplikt.

### 5.1.3 Alminnelige passivitetsregler

Det følger av NS 8406 punkt 3 at de alminnelige passivitetsregler gjelder ved bruk av kontrakten: ”En part som ikke varsler eller svarer innen kontraktens varslingsfrister, vil kunne miste rettigheter og innsigelser i samsvar med norsk retts vanlige regler.” Uttrykket ”kontraktens varslingsfrister” tyder på at det kun er frister som uttrykkelig følger av kontrakten som faller inn under bestemmelsen.

Spørsmålet er om det kan foreligge en varslingsplikt for entreprenøren, selv om det ikke følger uttrykkelig av en bestemmelse i kontrakten. Sandvik har konkludert slik:

”Fremstillingen under 3. har tatt sikte på det tilfelle hvor det i kontrakten er inntatt en varslingsklausul som dekker det tilleggskrav det er tale om. Det kan imidlertid neppe være tvilsomt at regler som de det der er gjort rede for, må komme til anvendelse selv om de ikke har kommet til uttrykk i noen uttrykkelig bestemmelse”.<sup>125</sup>

Sandvik begrunner synspunktet med de legislative betraktninger; herunder at tilleggsvederlaget kan forrykke byggherrens finansieringsgrunnlag.<sup>126</sup> For negative mengdeavvik må dette hensynet få begrenset vekt, ettersom entreprenørens tilleggsvederlag uansett vil være *lavere* enn den opprinnelige kontraktssummen. Avbestillingserstatningen er nettopp et resultat

---

<sup>124</sup> Arvesen (2014) s. 203.

<sup>125</sup> Sandvik (1966) s. 376.

<sup>126</sup> Sandvik (1966) s. 354 flg.

av at prosjektets arbeidsvolum har blitt vesentlig redusert, slik at entreprenøren sitter igjen med et fortjenestetap. Byggherren derimot har fått entrepriseoppdraget utført billigere.

Varslingsplikten står særlig sterkt for de tilfeller hvor det er rom for å anta at byggherren, dersom han hadde blitt varslet, kunne avverget eller begrenset innflytelsen av risikobegivenheten.<sup>127</sup> Konsekvensen av unnlatt varsling avgjøres i praksis som regel ut fra en vurdering av den rent faktiske betydning unnlatelsen har hatt.<sup>128</sup> Konsekvensen av mengdeavvik vil neppe kunne unngås ved varsling. På bakgrunn av dette vil det være lite hensiktsmessig å oppstille et varslingskrav basert på alminnelige passivitetsregler.

Alminnelige passivitetsregler kan ikke hjemle en varslingsplikt for vesentlige mengdeavvik.

## **5.2 Konklusjon**

Det er vanskelig å oppstille et varslingskrav for entreprenøren ved vesentlige mengdeavvik basert på de gjennomgåtte rettslige grunnlag. På grunn av manglende klar ordlyd og av hensynet til hvilke konsekvenser et manglende varsel får for entreprenøren, må det antas at rettstilstanden per dags dato ikke pålegger entreprenøren en slik varslingsplikt.

Entreprenøren må ikke varsle byggherren om vesentlige mengdeavvik som kan gi grunnlag for avbestillingserstatning.

Hvorvidt det likevel *bør* foreligge en slik varslingsplikt, vil bli drøftet under kapittel 6.2.

## **6 Avsluttende vurderinger og refleksjoner**

I dette kapittelet skal det redegjøres nærmere for tre spørsmål som har oppstått i forbindelse med oppgaven: (i) Om kontrakter med regulerbare poster åpner for spekulasjon, (ii) om vesentlighetskravet bør prosentfestes og (iii) om det bør oppstilles et varslingskrav for vesentlige mengdeavvik. Videre vil det bli gjort en samfunnsøkonomisk vurdering av hvordan standardkontrakten optimalt bør fordele risikoen mellom partene.

### **6.1 Bør vesentlighetskravet prosentfestes?**

Et prosentfestet vesentlighetskrav kan være fordelaktig for entreprisekontrakter. Den vil innebære at det lettere kan stadfeste når avviket skal anses som vesentlig, med de konsekvenser dette får for partene. En tallfestet terskler vil være enkle for enhver å benytte seg av, men vil gå på bekostning av andre hensyn.

---

<sup>127</sup> Sandvik (1966) s. 355.

<sup>128</sup> Sandvik (1966) s. 367.

En prosentfestning av vesentlighetskravet får betydning i to relasjoner: (i) Ved vederlagsjustering og/eller fristforlengelse etter punkt 22.1-22.5, og (ii) ved at den kan anvendes på avbestillingsregelen i punkt 28. Om en slik prosentfesting av vesentlighetskravet også skal få betydning for den førstnevnte situasjonen, vil ikke bli drøftet. Det kan dog argumenteres for at bestemmelsen skal forstås likt for begge situasjoner. På en annen side vil en prosentfestet terskel ved vederlagsjustering være vanskelig å forene med punkt 22.2 sine egne vilkår.<sup>129</sup>

Det kan spørres om det er adgang for partene å prosentfeste vesentlighetskravet selv. Utgangspunktet i avtaleretten er at man har fri privat autonomi; man kan avtale hva man måtte ønske. Forordet til standardkontraktene kan likevel tyde på at dette bør gjøres med forsiktighet ved bruken av standardkontraktene.<sup>130</sup> Noe forbud mot å tallfeste vesentlighetskravet kan forordet likevel ikke tas til inntekt for. Entreprenøren og byggherren står fritt til selv å avtale en slik terskel.

Om en slik terskel bør inntas i standardkontraktene er et annet spørsmål. Det vil være vanskelig å sette en generell prosentsats. I utgangspunktet skal vesentlighetskravet vurderes konkret. En prosentfestet vesentlighetsterskel kan dermed gi urimelige løsninger. Særlig oppstår det problemer i forhold til hvor stor usikkerhet som er knyttet til de individuelle poster, og andre forhold for øvrig. Partene vil dog ha anledning til å avtale seg bort fra en slik generell prosentsats.<sup>131</sup>

Sandviks argument om at vesentlighetskravet måtte antas å være 15 %, har ikke blitt fulgt opp i nyere juridisk teori.<sup>132</sup> For mengdekontroll har det derimot vært antydning en veiledende terskel for bestemmelsens vesentlighetskrav. Denne er satt til 10 %.<sup>133</sup> Når det først angis veiledende prosenter, er man kanskje allerede så langt på vei at terskelen også bør kontraktsfestes. Slik er det er gjort i svensk og tysk rett.<sup>134</sup>

Konklusjonen blir noe forskjellig utfra hvilket alternativ fra kapittel 4.3 som legges til grunn. For *alternativ 2* er ikke en prosentfestet terskel nødvendig. Det vil være tilstrekkelig å vurdere om vesentlighetskravet er oppfylt, og ikke hvilken del av mengden som er vesentlig. Legger

---

<sup>129</sup> For vederlagsjustering kreves det at forutsetningene for å anvende enhetsprisene "forrykkes", jf. tredje ledd.

<sup>130</sup> Kaasen (2014).

<sup>131</sup> Dersom det er opprettet et eget avtaledokument går dette foran reglene i standardkontrakten, jf. punkt 4.

<sup>132</sup> Sandvik (1977) s. 129.

<sup>133</sup> Arvesen (2014) s. 313.

<sup>134</sup> Den svenske AB § 3 pkt 6 oppstiller 25 % som grensen for når enhetsprisen skal justeres. I den tyske VOB/B § 2 pkt. 3 er grensen 10 %.

man derimot til grunn *alternativ 1*, bør vesentlighetsterskelen prosentfestes. Ved denne løsningen må vesentlighetskravet fastsettes nøyaktig for å skille mellom den uvesentlige og vesentlige delen av avviket. Det vesentlige avvik er resultatet av det totale avvik, fratrasket det uvesentlige avviket. Alternativet er vanskelig å praktisere uten en slik tallfestet terskel.

## **6.2 Bør det oppstilles en varslingsplikt for entreprenøren ved vesentlige mengdeavvik?**

Basert på oppgavens tidligere konklusjon i kapittel 5 er det ikke tilstrekkelig hjemmel i NS 8406 per dags dato for å pålegge entreprenøren en varslingsplikt om vesentlige mengdeavvik, med mindre han krever vederlagsjustering. I det følgende skal det drøftes om et slikt varslingskrav *burde* finne sted, altså en ren *de lege ferenda*-vurdering. Drøftelsen forutsetter at *alternativ 2* fra kapittel 4.3 legges til grunn.

I prinsippet kunne man overlatt til entreprenøren å avgjøre når han ønsker å fremsette sine krav mot byggherren. I sin ytterste konsekvens ville dette innebære at entreprenøren så sent som i sluttoppgjøret kunne overraske byggherren med betydelige krav om tilleggsvederlag på grunn av endringer som har oppstått i prosjektet. Slike krav vil potensielt bidra til store omtvistede oppgjør som vil være vanskelige å etterprøve ettersom de kan falle langt tilbake i tid. Et slikt prinsipp vil også være uforenlig med byggherrens behov for kostnadskontroll og prosjektstyring.<sup>135</sup>

Varslingsreglene søker å ivareta et preventivt formål ved å hindre konflikter, og dersom de oppstår sørge for at de løses på en rask måte. Det har også en samfunnsøkonomisk gevinst fordi det bidrar til å hindre at tvister kommer opp for domstolene.<sup>136</sup>

Et hensyn som taler for å oppstille en varslingsplikt ved vesentlige mengdeavvik er at det gir byggherren en anledning til å treffe tiltak for å ivareta sine interesser. Byggherrens har til enhver tid behov for kostnadskontroll og prosjektstyring.<sup>137</sup> Varslingssystemet vil også gi byggherren mulighet til å igangsette tiltak eller omdisponeringer som kan avverge eller begrense konsekvensene av det oppståtte forholdet.<sup>138</sup> Den mest fremtredende konsekvens av et negativt mengdeavvik vil være at byggherren risikerer å overstige 15 %-grensen i punkt 28, og dermed må betale entreprenøren avbestillingserstatning. Varsling vil dog gi han en anledning til å vurdere om det er ønskelig med andre tilleggsarbeider for å holde seg innenfor denne grensen og unngå et erstatningsoppgjør.

---

<sup>135</sup> Tørum (2010) s. 166.

<sup>136</sup> Barbo (1997) s. 38.

<sup>137</sup> Tørum (2010) s. 467.

<sup>138</sup> Kaasen (2009) s. 5.

Varslingsmekanismen er gjennomgående for standardkontraktene. Også for endringsarbeider der det ikke er gitt endringsordre, såkalte *irregulære endringsordre*, skal entreprenøren varsle byggherren. Det følger av punkt 19.3 at entreprenøren skal varsle byggherren dersom han mottar ”pålegg om en ytelse uten at dette skjer i form av en endringsordre”.<sup>139</sup> Varslingsplikten gjelder bare når et pålegg om en bestemt utførelse ikke er blitt gitt formriktig.<sup>140</sup> Et pålegg om endret utførelse må antas også å omfatte reduksjon av en ytelse eller bortfall av en ytelse i sin helhet, jf. endringsdefinisjonen i punkt 19.1. Ut fra systembetraktningene kan det tenkes at bestemmelsen i 19.3 er ment til å fange opp alle tilfeller som byggherren er tjent med å bli varslet om. Det kan spørres om det er en glipp at mengdeavvik ikke er nevnt i bestemmelsen, eller om man ikke ønsket en varslingsregel for disse tilfeller.

Et mothensyn som taler for å pålegge entreprenøren en varslingsplikt for mengdeavvik, er de konsekvensene et manglende varsel kan innebære. Det kan virke urimelig for entreprenøren å miste sine krav som følge av manglende varsel, særlig der hvor for eksempel byggherren måtte forstå at det vesentlige mengdeavviket ville gi entreprenøren et økonomisk tap.<sup>141</sup> Ytterligere varslingsregler kan også virke tungvint og formalistisk, som igjen vil kunne føre til mye kontorarbeid og kreve en større administrasjon. Dette vil også føre med seg større kostnader, slik at prosjektet blir dyrere.

Det kan også anføres at det for enhetspriskontrakter er naturlig at man tar vurderingen til slutt når man ser hvordan postene har slått ut. Ved en individuell vurdering for vesentlighetskravet i den enkelte post vil dog både vurderingen og varselet kunne gjøres fortløpende.

Dersom entreprenøren ikke har ressurser til den administrative delen av jobben vil varslingsreglene kunne bli en felle.<sup>142</sup> I hvert fall så langt varslingsreglene skulle vært preklusive. Ettersom NS 8406 ikke har preklusive frister, vil dette argumentet ha noe mindre vekt. Selv om NS 8406 er en forenklet standardkontrakt brukes den også på store prosjekter. Vegvesenet har for eksempel valgt å bruke NS 8406 fremfor NS 8405, selv ved større prosjekter.<sup>143</sup> Dette kan tale for at det i det minste bør oppstilles en varslingsregel, selv om denne ikke vil ha en preklusjonsfrist etter standardens system. Det kan også ha gode grunner for seg at NS 8406 og NS 8405 skal tolkes likt ved sammenfallende bestemmelser.<sup>144</sup>

---

<sup>139</sup> NS 8406 punkt 19.3 første ledd.

<sup>140</sup> Arvesen (2014) s. 231.

<sup>141</sup> Tørum (2010) s. 166.

<sup>142</sup> Tørum (2010) s. 166.

<sup>143</sup> Se Veidirektoratets retningslinjer for utarbeidelse av konkurransegrunnlag: Håndbok R763.

<sup>144</sup> Dette hensyn la Høyesterett vekt på i Rt. 2014 s. 520 avsnitt 39.

Formålet bak varslingsreglene og hensynet til partenes behov for å bli varslet bør i denne sammenheng ha avgjørende vekt. Formalismen som ligger til grunn i de komplekse tilvirkningskontraktene har en preventiv effekt. Når det oppstår en situasjon ved utførelsen av kontraktsarbeidet som kan gi en økonomisk konsekvens for byggherren, er det ikke urimelig at han varsles om dette. Ettersom vurderingen er delvis sammenfallende med vurderingen for vederlagsjustering, bør det ikke være et skille for når entreprenøren må varsle; begge vil innebærer en økonomisk konsekvens for byggherren.

Å foreslå utforming av en slik varslingsregel gir oppgaven ikke anledning til. At en slik varslingsregel har gode grunner for seg må imidlertid være klart. Slik som standardens system er i dag, bør likevel ikke en varslingsregel bli oppstilt uten at de øvrige regler knyttet til mengdeavvik presiseres. Det bemerkes at et slikt varslingskrav kun vil være aktuelt dersom *alternativ 2* legges til grunn.<sup>145</sup>

På bakgrunn av drøftelsen over konkluderes det med at det bør inntas en regel i NS 8406 som oppstiller en varslingsplikt for entreprenøren ved vesentlige mengdeavvik som kan gi grunnlag for avbestillingserstatning.

### **6.3 Samfunnsøkonomiske betraktninger**

Det er samfunnsøkonomiske interesser knyttet til utforming av rettsregler. Bygge- og anleggsvirksomheten utgjør en viktig del av samfunnsøkonomien og det er derfor ønskelig at innsatsen som presteres på feltet er rasjonelt ordnet, slik at produktiviteten holdes på et høyt nivå. Slike samfunnsøkonomiske betraktninger er anerkjent i norsk rett som relevante i en privatrettslig argumentasjon.<sup>146</sup>

Fra et samfunnsøkonomisk standpunkt vil en optimal kontrakt være en kontrakt som maksimerer nytten av prosjektet for samfunnet som helhet. Dette tilsier at prosjektet gjennomføres på den mest effektive måten. Siden partene kan antas å maksimere sin personlige gevinst av at prosjektet gjennomføres, i motsetning til hva som er den totale gevinsten for samfunnet, er det ikke gitt at de tilpasser seg på den mest effektive måten. Målet med kontrakten (i dette tilfelle standardkontraktene) vil da være å tilpasse incentivene til begge aktørene slik at det endelige utfallet er en effektiv gjennomføring av prosjektet.<sup>147</sup>

---

<sup>145</sup> Se kapittel 4.3.2.

<sup>146</sup> Sandvik (1966) s. 130 og Knoph (1934) s. 53-54.

<sup>147</sup> Laffont (2001) s. 96 flg.

For å oppnå en slik kontrakt er det viktig at kontrakten gjør det klart mellom partene hvem som bærer hvilken del av risikoen. Dette vil gi partene det nødvendige grunnlaget for å foreta handlinger som maksimerer deres personlige gevinst av prosjektet. Dersom partene er klar over hvilken risiko de bærer, vil de også kunne foreta handlinger for å minimere denne risikoen.

I entreprisekontrakter vil retts teknisk enkle regler være særlig viktige ettersom det lett kan oppstå tvister. En forutberegnelighet ved reglene er også nødvendig for at partene kan prise sin risiko. For entreprisekontrakter med enhetspriser får dette betydning for hvilke kostnader, forbundet med hans risiko, som entreprenøren må dekke i enhetsprisene. Han vil i utgangspunktet prise risiko knyttet til arbeidsoperasjonen inn i enhetsprisen.

Kontrakten bør videre legge kostnadene på den av partene som har mulighet til å påvirke kostnaden. Dette vil samkjøre partens eget mål om å maksimere egen gevinst med samfunnets mål om å maksimere total gevinst. Kostnaden knyttet til risiko bør ligge hos den aktøren som mest kostnadseffektivt kan redusere risikoen. For grunnforholdene er det ofte byggherren som er nærmest til å redusere risiko ved grundig prosjektering.<sup>148</sup>

Et annet mål med kontrakten kan være å flytte risiko fra en part til en annen. Hvis en av partene er mer sårbar ovenfor risiko, kan det være optimalt å overføre mest mulig risiko på den minst sårbare parten, for å så kompensere parten som påtar seg ekstra risiko. Slike hensyn vil særlig kunne gjøres gjeldende i forbrukerentrepriser.

I en kontrakt vil byggherren betale for den risikoen som entreprenøren påtar seg. Hvor mye risiko han ønsker å lempe over på entreprenøren står han i utgangspunktet fritt til ut fra hans private autonomi. Byggherren kan *spare* penger ved å beholde risikoen, eller han kan *betale* entreprenøren for å bære den.

Standardkontrakters risikofordeling bør ikke flytte risiko uten at det er holdepunkter for at dette generelt er den beste løsning. Kontrakten skal nettopp søke å gi et grunnlag for de fleste kontraktsarbeider. Fra et generelt utgangspunkt som standardkontraktene dekker, kan det tenkes at det er bedre om byggherren betaler når risikoen aktualiseres, enn at han betaler entreprenøren for å helgardere seg mot risikoen, kanskje til en høyere pris. Hvis byggherren ønsker mindre risiko og således en større forutberegnelighet i forhold til prisen på prosjektet, kan han avtale dette med entreprenøren mot vederlag.

---

<sup>148</sup> Sandvik (1966) s. 131-132.

De nevnte synspunkter bør tillegges vekt ved utformingen av reglene i standardkontraktene. Konsekvensen av at entreprenøren tildeles en større del av risikoen ved utforming og tolkning av kontrakten, er at fremtidige prosjekter kan bli dyrere. Entreprenøren må ta seg betalt for at han får tildelt en større risiko. I et samfunnsøkonomisk perspektiv er dette ikke nødvendigvis en hensiktsmessig kostnadsfordeling.

Ved anbudskonkurranse kan det likevel hende at entreprenøren må prise seg ned for å få tilslag, og dermed velger ikke å prise risiko som han anser for ikke å være nærliggende. At entreprenøren som er mest optimistisk, eller av andre grunner konsekvent unngår å prise risiko, er den aktøren som får tilslag ved kontraktene er neppe en heldig løsning. Særlig trekker dette i retning av fordyrende tilleggsarbeider som oppstår senere i kontraktsforholdet, når entreprenøren ikke lenger er i konkurranse mot andre entreprenører.

Summen av den samfunnsmessige velferd kan dermed bli dårligere. Dersom risikoen ikke ligger hos den part som er nærmest til å minimere den, er det større sannsynlighet for at den oppstår. Samtidig vil prosjektet som helhet koste mer, fordi parten som bærer risikoen tar seg betalt for det, selv der risikoen ikke aktualiseres.



## Kilder

### Standardkontrakter

NS 401	Norsk Standard 401 Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av byggarbeider, 1938
NS 3401	Norsk Standard 3401 Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider, 1969
NS 3430	Norsk Standard 3430 Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider 2. utgave september 1994
NS 8401	Norsk Standard 8401 Alminnelige kontraktsbestemmelser for prosjekteringsoppdrag 2010
NS 8405:2004	Norsk Standard 8405:2004 Norsk bygge- og anleggskontrakt
NS 8405	Norsk Standard NS 8405:2008 Norsk bygge- og anleggskontrakt
NS 8406	Norsk Standard NS 8406:2009 Forenklet Norsk bygge- og Anleggskontrakt
NS 8407	Norsk Standard NS 8407:2011 Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentreprise
AB 04	Allmänna Bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader, 2004
AB 92	Almindelige Betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed, 1992
VOB/B	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B, 2009

## **Lover og forskrifter**

NL	Kong Christian Den Femtis Norske Lov 15. April 1687
Bustadoppføringslova	Lov av 13. Juni 1997 nr. 43 om avtaler med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m
Avtaleloven	Lov av 31. april 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljes-erklæringer
Anskaffelsesforskrift	Forskrift til anskaffelsesloven (lov av 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser) av 7. april 2006 nr. 402

## **Forarbeider**

Ot.prp. nr. 21 (1996-1997) Om lov om avtaler med forbrukar om oppføring av ny bustad m m.

## **Rettspraksis**

### **Høyesterett**

Rt. 1917 s. 673

Rt. 1998 s. 1510

Rt. 2002 s. 1155

Rt. 2010 s. 961

Rt. 2010 s. 1345

Rt. 2012 s. 1729

Rt. 2014 s. 520

## Lagmannsretten

Agder Lagmannsrett RG 1982 s. 313

## Oppmannsavgjørelser

Oppmannsavgjørelse av 25. juli 2010, tvist mellom Åge Haverstad Maskinentreprenør AS og Ullensaker kommune. Oppmann: Jan Einar Barbo

## Litteratur

- |                  |  |
|------------------|--|
| Arvesen (2014)   | Arvesen, Hans-Jørgen, Karl Marthinussen og Heikki Giverholt, <i>NS 8406 forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt med kommentarer</i> , 2. utgave, 2014  |
| Barbo (1997)     | Barbo, Jan Einar, <i>Kontraktsomlegging i entrepriseforhold</i> , 1997   |
| Eckhoff (2001)   | Eckhoff, Torstein og Jan E. Helgesen, <i>Rettskildelære</i> , 5. utgave, 2001  |
| Giverholt (2012) | Giverholt, Heikki, Hans-Jørgen Arvesen og Karl Marthinussen, <i>NS 8407 Alminnelige kontraktsbestemmelser for total-entrepriser med kommentarer</i> , 2012   |
| Hagstrøm (2011)  | Hagstrøm, Viggo, <i>Obligasjonsrett</i> , 2. utgave, 2011  |
| Hagstrøm (2011)  | Hagstrøm, Viggo og Herman Bruserud, <i>Entrepriserett</i> , 2014   |
| Harris (2010)    | Harris, Sam E., <i>Nedre terskel for tillegg til kontraktens priser – særlig ved enhetspriser</i> . I: På rett grunn. Festskrift til norsk forening for Bygge- og Entrepriserett, s. 229 – 246, Oslo, 2010 |
| Hørlyck (2014)   | Hørlyck, Erik, <i>Entreprise, Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed med kommentarer</i> , 7. utgave, 2014  |
| Knoph (1934)     | Knoph, Ragnar, <i>Utviklingslinjer i moderne formuerett</i> , 1934   |

Kolrud (2004)	Kolrud, Helge Jakob, Olav Bergsaker, Erik Davidsen, Jarle W. Holstrøm m.fl., <i>NS 8405 kommentarutgave</i> , 2004
Kolrud (1992)	Kolrud, Helge Jakob, Olav Bergsaker, Ola Brekken, Inger-Johanne Lund, m.fl., <i>Kommentar til NS 3430</i> , 1992
Laffont (2001)	Laffont, Jean-Jacques og David Martimort, <i>The Theory of Incentives I: the Principal-Agent Model</i> , 2001
Lyngsø (1971)	Lyngsø, Preben, <i>Afbestillingsret</i> , 1971
Marthinnussen (2010)	Marthinussen, Karl, Heikki Giverholt og Hans-Jørgen Arvesen, <i>NS 8405 Kommentarutgave til Norsk Standard 8405, Norsk bygge- og anleggskontrakt</i> , 3. utgave, 2010
Pedersen (1952)	Pedersen, Axel H., <i>Entreprise: Bygge- og anlægsarbejder</i> , 1952
Sandvik (1966)	Sandvik, Tore, <i>Entreprenørrisikoen</i> , 1966
Sandvik (1977)	Sandvik, Tore, <i>Kommentar til NS 3401</i> , 1977
Woxholth (2014)	Woxholth, Geir, <i>Avtalerett</i> , 9. utgave, 2014

## Artikler og foredrag

Borgen, Marius, Nils Henrik Petterson, Peter Vagle, Svein-Dag Karlstad m.fl., *Ny Høyesterettsavgjørelse: Avbestillingsreglene i entreprisekontrakt med justerbare mengder*, [http://www.schjodt.no/media/1063687/juni\\_2014\\_entreprise\\_h\\_yesterett.pdf](http://www.schjodt.no/media/1063687/juni_2014_entreprise_h_yesterett.pdf) [sitert 17.01.15]

Bull, Hans Jacob, *Avtalte standardvilkår som privat lovgivning*, Lov, dom og bok: festskrift til Sjur Brækhus s. 99-114, 1988 [sitert fra Lovdata]

Cappelen, Hans, *Entreprenørens kalkulering og byggherrens konkurransegrunnlag*, I: hjemmesiden til Advokatfirmaet Cappelen & Krefting, <http://www.cappelen-krefting.no/artikler/entrekalkulering.htm> [sitert 10.03.15]

Dagsland, Silje Helene Bakkevig, *Ny høyesterettsdom i entrepriserett*, <https://haavind.no/aktuelt/artikler/ny-hoyesterettsdom-i-entrepriserett/> [sitert 17.01.15]

Fosse, Harald, *Repstad dommen – forholdet mellom avbestilling og variasjoner i avtalt anslåtte mengder*, <https://www.grette.no/fagforum/repstad-dommen---forholdet-mellom-avbestilling-og-variasjoner-i-avtalt-anslatte-mengder/> [sitert 17.01.15]

Johansen, Christian, *Afregning af entreprenørens ændringsarbejder – om enhetspriser og AB 92 § 14, I: Tidsskrift for bolig- og byggeret*, 2001

Kaasen, Knut, *Bruk og misbruk av kontraktsbestemmelser*, Holmsbuseminaret 3.-4. sept. 2014: <http://www.entrepriseforeningen.no/document-file1195?pid=Native-ContentFile-File&attach=1> [sitert 20.04.15]

Tørum, Amund Bjøranger, *Sammenlignende analyser av fabrikasjon og entreprise*, Tidsskrift for forretningsjus s. 147-195, 2010, og På rett grunn s. 453, 2010 [sitert fra Lovdata]

Bruserud, Herman, *I forlengelsen av Repstad Anlegg (Rt.2014 s. 520)*, Holmsbuseminaret 3.-4. sept. 2014: <http://www.entrepriseforeningen.no/document-file5309?pid=Native-ContentFile-File&attach=1> [sitert 30.04.15]

Verling, Fredrik, *Repstad Anlegg – Rt-2014-520*, Holmsbuseminaret 3.-4. sept. 2014: <http://www.entrepriseforeningen.no/document-file1962?pid=Native-ContentFile-File&attach=1> [sitert 30.04.15]

Veidirektoratet, Håndbok R763: Utarbeidelse av konkurransegrunnlag, 2014 [http://www.vegvesen.no/\\_attachment/69069/binary/964073?fast\\_title=H%C3%A5ndbok+R763+Retningslinjer+for+utarbeidelse+av+konkurransegrunnlag.pdf](http://www.vegvesen.no/_attachment/69069/binary/964073?fast_title=H%C3%A5ndbok+R763+Retningslinjer+for+utarbeidelse+av+konkurransegrunnlag.pdf) [sitert 12.04.15]